Greift die Einrede des nicht erfüllten Vertrages Platz bei den Verpflichtungen der Gesellschafter gegeneinander nach gemeinem Recht und Bürgerlichen Gesetzbuche?

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Facultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinrich Oebike

aus Warburg

Referendar am kgl. Amtsgericht zu Warburg.

Approbirt am 30. Januar 1903.

WARBURG.

Druck von Fritz Quick.

Greift die Einrede des nicht erfüllten Vertrages Platz bei den Verpflichtungen der Gesellschafter gegeneinander nach gemeinem Recht und Bürgerlichen Gesetzbuche?

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Facultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinrich Oebike

aus Warburg

Referendar am kgl. Amtsgericht zu Warburg.

Approbirt am 30. Januar 1903.

WARBURG.

Druck von Fritz Quick.

Meiner l. Mutter

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhalts-Verzeichnis.

§ 1. Einleitende Bemerkungen. S. 5.

§. 2. Einrede des nicht erfüllten Vertrages. S. 5 bis 11.

§. 3. Der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag. S. 11 bis 14.

§. 4. Beantwortung der Frage, greift die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei den Verpflichtungen der Gesellschafter gegeneinander Platz nach gemeinem Recht. S. 14 bis 34.

§. 5. Beantwortung der Frage, greift die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei den Verpflichtungen der Gesellschafter gegeneinander Platz nach Bürgerlichen Gesetzbuch. S. 34 bis Schluß.

a. falls die Ansicht zu Grunde gelegt wird, daß die Erfüllung gewisser Ansprüche nur seitens der Gesellschaft verlangt werden kann. S. 34

b. falls die Ansicht zu Grunde gelegt wird, daß die Erfüllung sämtlicher Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrage von dem einzelnen Gesellschafter verlangt werden kann.

§ 1.

Bereits in der gemeinrechtlichen Theorie war es eine sehr bestrittene Frage, ob die für die gegenseitigen Verträge geltenden, gesetzlichen Bestimmungen, vor allem, ob die exceptio non adimpleti contractus auch bei den Verpflichtungen, welche den Gesellschaftern gegen einander obliegen, Anwendung finden könne. Im heutigen Rechte ist ebenfalls eine directe Bestimmung, durch welche dieser Streit beseitigt würde, nicht gegeben; vielmehr finden wir in den Motiven des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. II S. 598 ausdrücklich hervorgehoben, daß die Lösung der Frage, ob in Ansehung der den Gesellschaftern gegen einander obliegenden Verpflichtungen bezw. in Ansehung, welcher dieser Verbindlichkeiten die exceptio non adimpleti contractus stattfinde, der Wissenschaft und Praxis überlassen ist.

Im folgenden will ich nun versuchen, diese Frage zu beantworten; zuvor wird es jedoch wohl zweckentsprechend sein, einige wenige Bemerkungen über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages vorauszuschicken, vor allem zu prüfen, wann die Einrede im allgemeinen gegeben ist, und ferner den Gesellschaftsvertrag als solchen einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

§ 2.*)

Die exceptio non adimpleti contractus verdankt offenbar ihre Entstehung den gesteigerten Verkehrsbedürfnissen und dem notwendig damit verbundenen, umfangreicheren Austausche wirtschaftlicher Güter. Soll aber der Austausch wirtschaftlicher Güter unter den einzelnen Personen ein möglichst reger sein, so ist unbedingt erforderlich, daß jeder der austauschenden die gesicherte Aussicht hat, für die eigene Leistung auch die Gegenleistung zu erhalten, oder doch wenigstens nicht leisten zu brauchen, falls der andere Contrahent nicht erfüllt.

*) André und Stintzing.

Ursprünglich gewährte das römische Recht den Parteien diesen Schutz nicht, und dieser Mangel an Sicherheit war bei dem mißtrauischen Sinne der Römer ein nicht geringes Hemmnis für eine rege Entwickelung des Austausches wirtschaftlicher Güter.

Kein Contrahent wollte dem anderen trauen oder Credit gewähren, falls nicht auch er die Sicherheit hatte für das, was er hingegeben hatte, die ausbedungene Gegenleistung zu erhalten. Die Sicherheit suchte nun das praetorische Recht zu gewähren und rief verschiedene Bestimmungen ins Leben, unter anderen auch die exceptio non adimpleti contractus.

Selbige entwickelte sich zunächst beim Kauf, speciell für den Fall, daß der Käufer vom Verkäufer Erfüllung verlangte, ohne selbst erfüllt zu haben. Venditor quasi pignus retinere potest rem quam vendidit. Aus den verschiedensten Stellen des corpus juris läßt sich dieses Recht des Verkäufers begründen, so abgesehen von vielen anderen Stellen besonders aus l. 31 § 8 D 21 1.: Nam venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet quoad emptor satisfaciat. l. 14 1 D 47 2.: Plane si antequam pecuniam solveres, rem subtraxerit furti actione teneri perinde ac si pignus subtraxisset. l. 13 9 D 19 1.: Unde quaeritur si pars sit pretii soluta et res tradita postea empta sit, utrum eius rei consequetur pretium integrum ex empto ages, an vero, quod numeravit et puto magis it quod numeravit propter doli exceptionem. l. 13 8 D 19 1.: Offeri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur et ideo, et si pretii partem offerat, nondum est ex empto actio; venditor enim, quasi pignus retinere potest, eam rem quam vendidit. Die gesetzliche Bestimmung fand ursprünglich, wie gesagt, nur beim Kauf erst nach und nach auch auf andere dem Kauf ähnliche Verträge Anwendung. Man erblickte in der Klage auf Erfüllung seitens der einen Partei, falls diese selbst ihre Verbindlichkeit der beklagten Partei gegenüber noch nicht nachgekommen war, einen Verstoß gegen Treue und Glauben und bezeichnete daher die heute sogenannte „exceptio non adimpleti contractus“ regelmäßig als „exceptio doli“.*)

*) Goldschmidt XX S. 62.

Gemeinrechtlich verstand man unter der exceptio non adimpleti contractus das Verlangen des Beklagten, welcher Abweisung einer Klage aus einem gegenseitigen Vertrage deshalb begehrt, weil der Kläger selbst nicht erfüllt hat.

Was nun zunächst die technische Bezeichnung exceptio non adimpleti contractus anbetrifft, so ist zu bemerken, daß dieselbe den Quellen des römischen Rechts nicht entnommen ist, also auf Gesetzesworten nicht beruht, sondern lediglich von Rechtsgelehrten, wahrscheinlich des XVI. Jahrhunderts, erfunden ist. Daß der Name exceptio non adimpleti contractus resp. die deutsche Uebersetzung „Einrede des nicht erfüllten Vertrages" recht glücklich gewählt ist, kann man wohl nicht behaupten; richtiger wäre gewesen, als technischen Ausdruck zu gebrauchen „exceptio prius adimplendi contractus" resp. „Einrede aus Nichterfüllung."*)

Die Natur der sogenannten exceptio non adimpleti contractus war gemeinrechtlich sehr bestritten. Während die einen die Ansicht vertraten, die Römer hätten die sogenannte exceptio non adimpleti contractus lediglich als einen Hinweis auf einen Mangel der Klage **) aufgefaßt, und daher die exceptio als eine Verneinung des Klaggrundes ansahen, erklärten die Gegner hinwiederum, daß die exceptio non adimpleti contractus schon von den Römern als eine wahre Einrede behandelt sei. ***)

Abgesehen davon, daß einerseits an verschiedenen Stellen des corpus iuris, welche über die exceptio non adimpleti contractus handeln, so z. B. l. 5 4 D 44 4: Si servus venit ab eo, cui hoc dominus permisit et redhibitus sit domino, agenti venditori de pretio, exceptio opponitur redhibitionis licet etiam is, qui vendidit, domino pretium solverit. Etiam mercis non traditae exceptione summovetur et qui pecuniam domino iam solvit et ideo is, qui vendidit, agit adversus dominum. und l. 5 C. 8 44: Ex praediis quae mercata est, si aliqua a venditore obligata et necdum tradita sunt ex empto actione consequerit, ut ea a creditore liberentur. Idem etiam fiet si, adversus venditorem, ex vendito actione pretium

*) André S. 47.
**) Treitschke, Archiv f. c. P. Bd. 22.
***) Heerwart Archiv f. c. P. Bd. VII S. 347.

petentem, doli exceptionem opposueris, direct von einer exceptio die Rede ist, bin ich doch zu der Ansicht gekommen, daß die exceptio non adimpleti contractus als eine wahre exceptio, im römischen Sinne, anzusehen ist, wenn auch aus den angeführten Stellen, die von den Anhängern dieser Ansicht meistens zum Beweise herangezogen werden ein deutlicher Gesetzeswille nicht überliefert, noch aus denselben eine bestimmte klare Entscheidung der Streitfrage zu finden ist. Die Ansicht, daß die exceptio non adimpleti contractus eine wahre exceptio ist,*) war auch in der gemeinrechtlichen Theorie wie Praxis die herrschende; und zwar sind abgesehen von der geschichtlichen Entwickelung wesentlich Zweckmäßigkeitsgründe ausschlaggebend gewesen. Diese z. Zt. des gemeinen Rechts herrschende Ansicht ist auch bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches zu Grunde gelegt, so daß für unser heutiges Recht dieser Streit endgültig beigelegt ist. § 320 B. G. B. bestimmt: „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern . . . .“ die Worte „kann verweigern bis . . . .“ bringen klar zum Ausdruck, daß der Anspruch zwar besteht, aber durch das Gegenrecht gehemmt ist.**)

Gehen wir etwas näher auf das Wesen der exceptio non adimpleti contractus ein, so finden wir, daß sie ein Rechtsmittel ist, welches einzig und allein zur vorläufigen Abwehr dient.

Wie wir oben gesehen, ist der Rechtsbehelf entstanden, um den Contrahenten eines gegenseitigen Vertrages Sicherheit zu gewähren, damit keiner von ihnen eher zur Leistung herangezogen werden kann, als bis auch ihm die Gegenleistung gesichert ist. Es soll der Beklagte durch die exceptio non adimpleti contractus lediglich gegen einen unbilligen Anspruch geschützt werden, nämlich unter Anerkennung des Vertrages selbst und seines Fortbestehens die Weigerung zu leisten rechtfertigen können. Der Beklagte soll aber durch diesen Rechtsbehelf nicht etwa ein Mittel in die Hand bekommen,

*) Andrée S. 44.

**) Enneccerus S. 327

seinen Gegenanspruch geltend zu machen, oder ein sonstiges, neues Recht, welches für ihn aus der Nichterfüllung seitens des Klägers entstanden ist, zu verfolgen.*)

Diesem Wesen der sogenannten exceptio non adimpleti contractus entspricht auch ihre dilatorische Wirkung. Wenn auch die Nichterfüllung selbst in vielen Fällen peremtorische Wirkungen nach sich zieht, so kann man, um diese Folgen geltend zu machen, sich der reinen exceptio non adimpleti contractus nicht bedienen, wohl steht in solchen Fällen auch eine Einrede zu Gebote, aber diese hat mit der exceptio non adimpleti contractus nur das eine gemeinsam, daß sich der Beklagte in beiden auf die Nichterfüllung beruft. Denn während bei der eigentlichen exceptio non adimpleti contractus der Beklagte nicht eher leisten will, als bis auch ihm die aus demselben Vertrage zustehende Gegenleistung sicher ist, beabsichtigt der Beklagte bei der anderen Einrede, die sich zwar auch auf Nichterfüllung stützt, überhaupt nicht zu leisten oder nur unter der Bedingung, daß ihm der Schaden zunächst ersetzt wird, der ihm durch die Nichterfüllung seitens des Klägers erwachsen ist. Bei dieser zweiten exceptio handelt es sich also nicht um die Erfüllung, sondern um die Folgen der Nichterfüllung. Da aber die eigentliche exceptio non adimpleti contractus, wie oben ausgeführt, lediglich dem Zwecke dienen soll, eine Klage als eine z. Zt. noch unbillige zurückzuweisen, nicht aber zur Geltendmachung eines neuen Rechtes,**) welches infolge der Nichterfüllung entstanden ist, so kann man von einer exceptio non adimpleti contractus peremptoria nicht reden. Die meines Ermessens irrige Ansicht, daß der eigentlichen exceptio non adimpleti contractus auch peremtorische Wirkungen beizulegen seien, findet man nur äußerst selten in der Litteratur des gemeinen Rechts vertreten. Im heutigen Rechte steht es unzweifelhaft fest, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur dilatorische Wirkungen hat.***) § 322 Abs. 1 B. G. B. sagt: „Erhebt aus einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil Klage auf die ihm geschuldete Leistung, so hat die Geltendmachung des dem anderen Teile zustehenden Rechts, die Leistung bis zur

*) Stintzing S. 4.
**) Stintzing S. 7.
***) Enneccerus S. 327.

Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern nur die Wirkung, daß der andere Teil zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen ist." Der Beklagte wird daher zur Leistung Zug um Zug verurteilt, d. h. die Einrede seitens des Beklagten schließt die Geltendmachung des klägerischen Anspruches nicht für immer aus, sondern steht dem Anspruche nur zeitweilig entgegen.

Nachdem ich so die Entstehung, Natur und Wirkung der exceptio non adimpleti contractus darzulegen versucht habe, will ich im folgenden die Frage näher erörtern, wann die exceptio non adimpleti contractus überhaupt Platz greifen kann.

Wie schon erwähnt, entwickelte sich die exceptio non adimpleti contractus zunächst beim Kaufe. Erst nach und nach wurde sie auch auf andere dem Kauf ähnliche Verträge ausgedehnt, sodaß gemeinrechtlich der Satz galt, wer bei einem zweiseitigen Vertrage vom anderen Erfüllung verlangen will, muß auch seinerseits erfüllt haben, oder zur Erfüllung bereit sein.*) Um die exceptio non adimpleti contractus zur Anwendung bringen zu können, genügt es also nicht, daß dem Beklagten auch eine Forderung gegen den Kläger zusteht, vielmehr ist unbedingt erforderlich, daß Forderung, wie Gegenforderung durch ein und denselben Vertrag begründet sind, und außerdem, daß die Verpflichtung des einen ein Äquivalent für die Verpflichtung des anderen Contrahenten bildet.**) Hieraus folgt, daß die exceptio non adimpleti contractus nicht schon dann Anwendung finden kann, falls sich Forderung und Gegenforderung aus demselben Vertragsverhältnisse entgegenstehen, aber die Gegenverpflichtung des anfangs aus dem Vertrage nur Berechtigten nicht den Zweck des Vertrages bildet, sondern nur infolge nicht voraussehbarer Ereignisse eingetreten ist. Wenn auch in einem solchen Falle Forderung und Gegenforderung aus demselben Vertragsverhältnisse hervorgegangen sind, so sind sie damit noch nicht durch denselben gegenseitigen Vertrag begründet, sondern beruhen auf verschiedenen Verpflichtungsgründen. Das charakteristische des gegenseitigen Vertrages liegt eben darin, daß die Begründung sowohl der Forderung wie Gegenforderung den Zweck des

*) Windscheid Pand. Bd. II S. 294.
**) Bechmann, Kauf S. 494,

Vertrages bildet, und daß der eine Contrahent für das, was er seinerseits leistet, in der Leistung des anderen Contrahenten seinen Ersatz sucht. Stehen sich zwei derartige Forderungen gegenüber, und verlangt der eine Contrahent Erfüllung vom anderen, ohne selbst erfüllt zu haben, so kann der Beklagte sich prinzipiell der exceptio non adimpleti contractus bedienen; es sei denn, daß infolge der Vereinbarungen, der eigenartigen Natur des Vertrages oder der gegenseitigen Leistungen die exceptio non adimpleti contractus keine Anwendung finden kann.

Auch im Bürgerlichen Gesetz-Buche § 320 Abs. 1, heißt es ganz allgemein: „Wer aus einem gegenseitigem Vertrage verpflichtet ist . . . . .“ Hätte die Bestimmung nur für die direkt auf den Austausch von Leistungen unter den Contrahenten gerichteten Verträge Anwendung finden sollen, so würde man bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches diesen allgemeinen Wortlaut nicht gewählt, sondern sich präzieser ausgedrückt haben. Meinem Ermessen nach greift die exceptio non adimpleti contractus auch im bürgerlichen Recht prinzipiell ebenso wie im gemeinen Rechte bei allen gegenseitigen Verträgen Platz, jedoch ist bei jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob und welche Einschränkungen infolge der besonderen Natur der Verträge und infolge der Art der Leistung notwendig werden.

§ 3.

Die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei den Verpflichtungen der Gesellschafter unter einander Platz greife, hängt demnach zunächst von der Entscheidung der Vorfrage ab, ob der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger, ein synallagmatischer Vertrag ist. Infolge der entgegengesetzten Beantwortung dieser Vorfrage finden wir auch in der gemeinrechtlichen Litteratur besonders zwei sich schroff gegenüberstehende Ansichten vertreten, und folgedessen behaupten die einen, die exceptio non adimpleti contractus könne schon aus dem Grunde nicht zur Anwendung kommen, weil der Gesellschaftsvertrag kein gegenseitiger Vertrag sei;*) während andere hingegen dem socius

*) Stintzing S. 6.

in jedem Falle*) gegen seinen Mitgesellschafter die exceptio non adimpleti contractus gewähren, falls dieser von ihm Erfüllung des Vertrages fordert, ohne selbst erfüllt zu haben, weil die Verweigerung der exceptio non adimpleti contractus dem auf vollständiges wechselseitiges Vertrauen gegründeten Verhältnisse widerspreche.

Betrachten wir daher die Vorfrage etwas näher; ist der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag? Was ist überhaupt ein gegenseitiger Vertrag? Zwar ist uns weder im gemeinen Rechte noch im Bürgerlichen Gesetzbuche ein gesetzlicher Begriff des synnallagmatischen oder auch gegenseitigen Vertrages gegeben. Aber gemäß anderen gesetzlichen Einzelbestimmungen und der geschichtlichen Entwickelung sind nach herrschender Ansicht solche Verträge als zweiseitige zu betrachten, die darauf gerichtet sind, einen Austausch von Leistungen zu bewirken, nnd zwar begründet die Verpflichtung eines Contrahenten zu einer Leistung unbedingt zugleich auch das Recht desselben auf eine Gegenleistung, um deretwillen er sich zum Schuldner macht. Jede dieser Verpflichtungen ist in einem besonderen Schuldverhältnisse übernommen, aber alle diese Schuldverhältnisse, so oftmal auch Schuldner und Gläubiger vorhanden sein mögen, werden von ein und demselben vertragsmäßigen Bande umspannt.**) Die auf einen solchen gegenseitigen Austausch gerichteten Verträge nennt man zweiseitige, oder auch gegenseitige Verträge. Nun wird, wie schon gesagt, von mehreren die Ansicht vertreten, der Gesellschaftsvertrag sei kein derartiger gegenseitiger Vertrag.

Es ist nicht zu leugnen, daß der Gesellschaftsvertrag wesentliche Verschiedenheiten aufweist im Vergleiche zu anderen direkt auf den Austausch von Leistungen unter den Kontrahenten gerichteten Verträgen, wie z. B. im Vergleiche zum Kauf- und Mietvertrage. Doch es liegt kein Grund vor, den Gesellschaftsvertrag infolge dieser Besonderheiten aus der Reihe der gegenseitigen Verträge zu stoßen. Die Anhänger der Ansicht, daß der Gesellschaftsvertrag kein gegenseitiger Vertrag

*) Zimmermann Archiv f. c. Pr. Bd. 54 S. 257.
**) Titze S. 309.
Crome S. 169.
Ryck S. 321.
Kipp Windscheid Bd. II. S. 294.

sei, führen zum Beweise hauptsächlich an: Bei dem Gesellschaftsvertrage fände kein Austausch, sondern eine Vergemeinschaftung der Leistungen statt. Diese Tatsache ist, soweit es die Vergemeinschaftung betrifft, richtig. Denn jeder Gesellschafter verpflichtet sich zur Förderung des gemeinsamen Zwecks einen Beitrag zu leisten, und somit besteht das Endziel des Gesellschaftsvertrages in der Erreichung eines außerhalb der Leistungen der Gesellschafter liegenden gemeinsamen Zweckes. Weil dem so ist, so wird doch nicht dadurch schon der Begriff des gegenseitigen Vertrages ausgeschlossen. Es muß vielmehr im Auge behalten werden, daß das wesentliche Merkmal des gegenseitigen Vertrages darin liegt, daß von ihm zwei oder oder mehrere Verpflichtungen umspannt werden, von denen die eine das Aquivalent der anderen bildet, und von denen ferner die eine Verpflichtung nicht entsteht, falls nicht auch die andere Verpflichtung entsteht, da jeder der Contrahenten sich seinem Mitcontrahenten gegenüber nur deshalb und insoweit verpflichtet, weil dieser sich ebenfalls zu einer Gegenleistung verpflichtet hat. Unternimmt nun nicht auch der eine der Gesellschafter gegenüber seinen Mitgesellschaftern lediglich nur deshalb die Verpflichtung, den gemeinsamen Zweck zu fördern, weil sich auch dieser resp. auch diese zur Förderung des Gesellschaftszweckes verpflichtet haben, und werden nicht diese mehreren Verpflichtungen von ein und demselben vertragsmäßigen Bande, von dem Gesellschaftsvertrage, umspannt? Ferner, erwachsen nicht aus dem Gesellschaftsvertrage für jeden der Gesellschafter Rechte und Pflichten und zwar solche Rechte und Pflichten, die in dem Verhältnisse wechselseitiger Bedingtheit stehen? Was gar die Beiträge anbetrifft, so findet nach gemeinem Recht bezüglich dieser ein direkter Austausch statt, weil jeder Gesellschafter seinen Beitrag dem anderen Gesellschafter, wenn auch nicht ausschließlich, so doch zu einem bestimmten Anteile zu leisten hat.*) Wenn auch nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches die Gesellschaft als solche den Beitrag als einen Bestandteil des Gesellschaftsvermögens von dem einzelnen Gesellschafter verlangen kann, so wird dadurch dem Gesellschaftsvertrage des Bürgerlichen Rechts der Charakter eines gegenseitigen

*) Knoke S. 30.

Vertrages nicht genommen. Aus der Bestimmung des § 705 B. G.-B.: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig . . . . .“ geht deutlich hervor, daß sich die Gesellschafter gegenseitig verpflichten. Das Einbringen von Gegenständen zu gesellschaftlichem Eigentume oder Gebrauche, kann man direkt als entgeltliche Veräußerung resp. Gebrauchsüberlassung bezeichnen, da jedem Gesellschafter die Leistung seiner Mitgesellschafter zu gute kommt.

Meinem Ermessen nach liegt daher kein Grund vor, den Gesellschaftsvertrag zu einer von den gegenseitigen Verträgen verschiedenen Kategorie stempeln zu wollen. Vielmehr muß man den Gesellschaftsvertrag zu den gegenseitigen Verträgen rechnen, andererseits aber auch zugeben, daß der Gesellschaftsvertrag zahlreiche Besonderheiten im Vergleiche zu anderen direkt auf den Austausch gerichteten gegenseitigen Verträgen aufweist. Da nun aber der Gesellschaftsvertrag sowohl des gemeinen, wie bürgerlichen Rechts als ein gegenseitiger Vertrag anzusehen ist, so finden auf ihn auch die für die gegenseitigen Verträge gegebenen Rechtssätze Anwendung. Mithin greift auch die exceptio non adimpleti contractus bei dem Gesellschaftsvertrage Platz.

§ 4.

Wenn ich so im vorigen § festzustellen versuchte, daß die exceptio non adimpleti contractus auch auf den Gesellschaftsvertrag prinzipiell Anwendung finden muß, so bleibt mir noch im folgenden die Aufgabe zu prüfen, ob und welche Beschränkungen infolge der Besonderheit des Gesellschaftsvertrages die exceptio non adimpleti contractus gegenüber der actio pro socio zu erleiden hat.

Bevor ich jedoch an die Beantwortung dieser Frage herantrete, will ich noch vorausschicken, daß es selbstverständlich ist und eigentlich keiner besonderen Hervorhebung bedarf, daß ich mich in der folgenden Abhandlung nur mit solchen Fällen beschäftige, in denen über die Reihenfolge der Leistungen seitens der Gesellschafter nichts bestimmt ist, und daß ich solche Fälle, bei denen es sich aus dem Vertrage selbst ergiebt, wer vorzuleisten hat, aus der Betrachtung ausscheiden muß, da hier der Satz gilt: „Pactum dat legem contractui.“

Wie das Thema bestimmt, soll die Frage, greift die exceptio non adimpleti contractus bei den Verpflichtungen der Gesellschafter unter einander Platz, nicht nur nach den gesetzlichen Bestimmungen des heutigen Rechts, sondern auch nach denen des gemeinen Rechts beantwortet werden. Somit zerfällt die folgende Abhandlung von selbst in zwei größere Abschnitte.

Zunächst will ich nun darzulegen versuchen, wie nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts die gestellte Frage zu beantworten ist. Schon im vorhergehenden § habe ich näher erörtert, daß der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, daß aber bei einem Vergleich des Gesellschaftsvertrages mit anderen gegenseitigen, direkt auf den Austausch von Leistungen unter den Kontrahenten gerichteten Verträgen wesentliche Unterschiede zu Tage treten, Denn da sich in den meisten Fällen durch denselben Gesellschaftsvertrag mehr als 2 Personen verpflichten, so erhebt sich zunächst die Frage, wem die actio pro socio zusteht, in welchem Verhältnisse die einzelnen Gesellschafter zu einander stehen, ob jeder von ihnen oder nur alle zusammen die Forderung gegen einen Gesellschafter geltend machen können? Wenn nur 2 Gesellschafter vorhanden sind, so ist nur der eine dem anderen zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten verpflichtet. Wird einer von den zweien von seinem Mitgesellschafter verklagt, so stehen dem Beklagten seinem Mitgesellschafter gegenüber alle aus dem Vertragsverhältnisse sich ergebenden Rechte zu, und somit kann er sich auch der exceptio non adimpleti contractus bedienen, sofern selbige nicht aus anderen Gründen zu verweigern ist.

Sind aber mehr als zwei Gesellschafter vorhanden, so haben sich die einzelnen Gesellschafter durch ein und denselben Vertrag allen Mitgesellschaftern, also mehreren Gläubigern, gegenüber verpflichtet. Falls aber mehrere Gläubiger zusammen etwas zu fordern haben, so tritt zwischen ihnen eine Teilung nach Bruchteilen ein. Jeder Gläubiger hat ein besonderes von dem Forderungsrechte des anderen Mitgläubigers unabhängiges Forderungsrecht. Ist jedoch die zu fordernde Leistung ihrer Natur nach unteilbar, so kann jeder Gläubiger das Ganze fordern: l. 192 D. 50. 17. Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur.

Somit ist jeder Gesellschafter berechtigt, falls die Leistung unteilbar ist, von jedem Mitgesellschafter die ganze Leistung, falls die Leistung aber teilbar ist, nur eine ihm zustehende Quote dieser Leistung zu fordern. Klagt ein Gesellschafter sein Recht gegen einen Mitgenossen ein, so kann der Beklagte dem Kläger gegenüber nur diejenigen Rechte geltend machen, die gerade diesem, die Klage anstrengenden Gesellschafter, gegenüber begründet sind. Ist z. B. ein anderer Gesellschafter, als der Kläger, seinen Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrage noch nicht nachgekommen, so kann der Beklagte die dem säumigen Gesellschafter gegenüber vielleicht begründete exceptio non adimpleti contractus, dem Kläger, dem nichtsäumigen Gesellschafter gegenüber, nicht zur Anwendung bringen, denn exceptio ex jure tertii non datur. Warum sollte dem Beklagten auch in einem solchen Falle das Recht zustehen, seine Verpflichtung nicht erfüllen zu brauchen? Zu welchem Resultate würde dies führen, falls der eine Gesellschafter gegenüber dem nichtsäumigen Gesellschafter sich weigern könnte, zu leisten, bis alle übrigen Gesellschafter geleistet hätten? Der nichtsäumige Gesellschafter wäre gezwungen, alle säumigen Gesellschafter zu verklagen, jeder Verklagte würde einwenden, daß ein anderer, als der die Klage betreibende Gesellschafter auch noch nicht geleistet habe, und er daher zur Vorleistung nicht gezwungen werden könne. Was wäre die Folge? Der Kläger würde lauter bedingte Verurteilungen erzwingen. Hiermit würde er aber um nichts weiter kommen, da er keinen der Verklagten in Verzug setzen kann; somit würde die Geltendmachung der Rechte seitens des nichtsäumigen Gesellschafters gegen die säumigen illusorisch sein. Hieraus ergiebt sich meinem Ermessen nach, daß dem beklagten Gesellschafter, falls mehr als zwei Personen die Gesellschaft bilden, überhaupt nur dann die exceptio non adimpleti contractus gewährt werden kann, wenn der Kläger selbst seinen Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrage noch nicht nachgekommen ist.

Gegenstand der actio pro socio sind vor allen die persönlichen aus dem Gesellschaftsvertrage entstehenden Verbindlichkeiten der Genossen. Unter diesen Verpflichtungen der Genossen sind zwei Gruppen zu unterscheiden, solche, welche jeden Gesellschafter ohne Ausnahme treffen, und solche, welche

einem Gesellschafter nur unter bestimmten Voraussetzungen obliegen.

Als erste Pflicht für jeden Genossen ergiebt sich aus dem Gesellschaftsvertrage, einen Beitrag zur Gemeinschaft zu geben; l. 52. § 16 D. 17. 2: „Socium universa in societatem conferre debere Neratius ait, si omnium bonorum socius sit et ideo. sine ob iniuriam sibi factam, vel exe lege Aquilia sive, ipsius sive filii, corpori nocitum sit, conferre, debere respondit.

Diese Beitragspflicht besteht für jeden Genossen und kann keinem erlassen werden, sonst würde eine unter dem Namen „Gesellschaft" versteckte Schenkung vorliegen.

l. 16. 1. D. 4. 4 sagt:

„Idem relatum est apud Labeonem si minor scriptus societatem coierit; vel etiam donationis causa nullam esse societate nec inter maiores quidem und ebenso l. 32 24 D 24. 1.: „Si inter virum et uxorem, societas, donationis causa contracta sit, iure vulgato nulla est. Nec post decretum senatus emolumentum ea liberalitas, ut actio, pro socio constituatur, habere poterit. quae tamen in commune tenerunt sine praestituto revocanda non sunt; idcirco igitur pro socio actio non erit. quia nulla societas est quae donationis causa interponitur nec inter ceteros et propter hoc nec inter virum et uxorem.

Aus diesen Stellen geht deutlich hervor, daß die Beitragspflicht jeden Gesellschafter trifft und zwar ohne Ausnahme, daß ferner diese Verpflichtung direct aus dem Gesellschaftsvertrage hervorgeht. Klagt nun ein Gesellschafter gegen den Mitgesellschafter auf Leistung des Beitrages, ohne selbst seine Beitragspflicht erfüllt zu haben, so stehen sich zwei Forderungen aus einem gegenseitigen Vertrage gegenüber, bei welchen in der Regel die exceptio non adimpleti contractus Anwendung finden kann.

Nun wird von Zimmermann, welcher diese Frage eingehender behandelt hat*) die Ansicht vertreten, daß ein Gesellschafter den ihm selbst obliegenden Beitrag in der Gesellschaftskasse bereits eingeschossen haben muß oder doch zu dessen gleich-

*) Archiv f. civilis. Prax. Bd. 54. S. 237.

zeitiger Leistung bereit sein muß, um von einem seiner Mitgesellschafter die Leistung des Beitrags an die Gesellschaftskasse mit Erfolg einklagen zu können.

Diese Behauptung geht meines Erachtens etwas zu weit. Um dieses zu begründen, werfe ich zunächst die Frage auf, worin kann der Beitrag eines Gesellschafters nach gemeinen Rechte bestehen? l. 1 1. D. 17. 2. „In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur". l. 5 1. D. 17 2. „Societas autem coiri potest et valet etiam inter eosqui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera supleat quantum ei per comparationem patrimonii deest."

Aus all diesen und noch mehreren anderen Stellen, die sämtlich hier aufzuführen uns zu weit ablenken würde, geht klar hervor, daß die Beiträge der Gesellschafter, sowohl in Leistungen von Diensten, wie auch in Leistungen von Vermögenswerten bestehen können. Nun ist es nicht nur möglich, sondern sogar meistens der Fall, daß sich die Beitragspflicht jedes einzelnen Gesellschafters über verschiedene, einzelne, im Voraus bestimmte Leistungen erstreckt; andererseits kann zwar auch vereinbart sein, daß jeder Gesellschafter mit einer einzigen Leistung seine vertraglichen Pflichten erfüllt. Greifen wir nun den einfachsten Fall heraus, daß nämlich jeder Gesellschafter durch eine einzige Leistung seine Beitragspflicht erfüllen, und somit von jedem Gesellschafter die Leistung Zug um Zug erfüllt werden kann. Ich gebe zu, daß in einem solchen Falle dem Gesellschafter die exceptio non adimpleti contractus zu gewähren ist, falls sein socius von ihm Erfüllung verlangt, ohne selbst erfüllt zu haben. Es wäre wider Treu und Glauben, den Mitgesellschafter in einem solchen Falle zwingen zu dürfen, den Gesellschaftszweck vorläufig allein zu fordern, und unter gewissen Umständen z. B. bei möglicher Insolvenz des anderen Gesellschafters, das Risiko der Gesellschaft ganz allein auf sich zu nehmen. Aus denselben Gründen ist meiner Ansicht nach auch dann dem socius die exceptio non adimpleti contractus zu gewähren, wenn sich die einzelnen Genossen zu mehreren, an sich selbständigen Leistungen verpflichtet haben, so daß jede einzelne Teilleistung des einen socius einer Teilleistung des anderen socius als Aequivalent gegenübersteht. Würde näm-

lich, nachdem die Genossen die ersten Leistungen Zug um Zug gemacht hätten, bei einer späteren Leistung der eine socius vom anderen Erfüllung verlangen können, ohne selbst erfüllt zu haben oder zur Leistung bereit zu sein, so würde der verklagte socius unbilligerweise gezwungen werden, seine Beiträge im Verhältnisse zu denen der Mitgenossen zu vergrößern, und so eine viel größere Gefahr auf sich zu nehmen. Nach der zu Grunde gelegten Voraussetzung hat sich aber kein Gesellschafter dem anderen zur Vorleistung verpflichtet, sondern alle Gesellschafter stehen sich bezgl. ihrer Rechte und Pflichten einander gleich. Folglich ist das Verlangen eines socius an seinen Mitgenossen auf Leistung, ohne selbst erfüllt zu haben, in dem vorliegenden Falle unbillig und widerspricht dem Verhältnisse unter den Genossen, von dem Ulpian sagt l. 63. pr. D. 17. 2. „Hoc enim rationem summam habet cum societas jus quodammodo, fraternitatis, in se habeat. Deshalb ist dem socius, falls derselbe von seinen Mitgenossen auf Erfüllung der Beitragspflicht verklagt wird, ohne daß der Kläger selbst geleistet hat oder zu leisten bereit ist, soweit es sich um Leistungen handelt, die durch einen momentanen Akt erfüllbar sind, und von denen die eine das Aequivalent der anderen bildet, die exceptio non admipleti contractus zu gewähren.

Kommen wir nun zu dem zweiten, nicht weniger häufig vorkommenden Falle, daß nämlich der eine Gesellschafter zu einer einmaligen Leistung als Beitrag verpflichtet ist, während als Beitrag des anderen Gesellschafters die Tätigkeit dieses socius während einer längeren oder kürzeren Zeit vereinbart ist, also die Leistungen aller Gesellschafter Zug um Zug nicht geschehen können. Hier ist dem Gesellschafter, dessen Leistung nicht Zug um Zug gemacht werden kann, falls er vom Mitgesellschafter, ohne daß dieser selbst erfüllt hat, verklagt wird, die exceptio non adimpleti contractus nicht zu gewähren. Denn um diese Einrede dem Kauf analog auch bei anderen gegenseitigen Verträgen anwenden zu können, muß notwendig vorausgesetzt werden, daß die Verhältnisse der Contrahenten einander gleiche sind.*) Fragen wir uns nun einmal, wann wird bezüglich der Leistungen im erwähnten Falle ein dem Kauf ähn-

*) Herwart Archiv für c. Pr. Bd. 18, S. 414.

liches Verhältnis vorliegen? Doch wohl erst dann, wenn der Gesellschafter, dessen Leistung durch einen momentanen Akt nicht vollziehbar ist, seine Tätigkeit vollständig beendet hat, und das Resultat seiner Tätigkeit als Gegenleistung anbieten kann. Vor diesem Zeitpunkte, diesem Gesellschafter die exceptio non adimpleti contractus zu gewähren, würde nichts anderes bedeuten als ihm das Recht einzuräumen, seine Leistung nicht erfüllen zu brauchen, als bis der Mitgesellschafter vorgeleistet hätte. Wenn z. B. laut Gesellschaftsvertrag zwischen A. und B. als Beitragspflicht für A. die Erbauung eines Hauses, und als Beitragspflicht für B. die Zahlung von 10000 Mark festgesetzt wäre, und B. den A. auf Erfüllung verklagte, so könnte sich A. erst dann der exceptio non adimpleti contractus bedienen, wenn das Haus fertiggestellt ist. Erst in diesem Zeitpunkte ist der Beklagte in der Lage, Zug um Zug zu leisten. Könnte A. vor diesem Zeitpunkte die exceptio non adimpleti contractus zur Anwendung bringen, so würde sein retinere kein Zurückhalten im Sinne der exceptio non adimpleti contractus sein, sondern ein direktes Nichtleisten. Ferner um von A. die Erfüllung der Beitragspflicht zu erlangen, würde B. unbilligerweise gezwungen sein, vorzuleisten. Während also sonst die exceptio non adimpleti contractus deshalb gewährt wird und auch nur dazu, wie oben erwähnt geschaffen ist, um dem unbilligen Verlangen auf Vorleistung zwischen sich gleichstehenden Contrahenten entgegenzutreten, würde sie hier, wollte man dem A im obigen Falle dieses Rechtsmittel gewähren, nur dazu dienen, einem unbilligen Verlangen Vorschub zu leisten. Demnach kann einem Gesellschafter, dessen Beitragspflicht nicht durch eine Leistung erfüllt werden kann, die in einem momentanen Akt vollziehbar ist, die exceptio non adimpleti contractus nicht gewährt werden, falls er von seinem Mitgesellschafter auf Erfüllung verklagt wird, ohne daß der Kläger selbst seine Beitragspflicht erfüllt hat.

Eine weitere für jeden Genossen aus dem Gesellschaftsvertrage hervorgehende Verpflichtung besteht darin, daß alle socii einen Anteil vom Gesellschaftsverluste tragen müssen, es sei denn, daß durch Vertrag eine abweichende Bestimmung getroffen ist. l. 27. D. 17. 2.: Omne aes alienum quod manente societate contractum est de communi solvendum

est licet posteaquam societas distracta est solutum sit, igitur et si sub conditione promiserat, et distracta societate, conditio exstitit; ex commune solvendum est; ideoque si interim societas dirimatur cautiones interponendae sunt. l. 28. D. 17. 2: „Si socii sumus et unus ex die pecuniam debeat et dividatur societas, non debet hoc deducere socius quemadmodum praesens debet, sed omnes dividere et cavere cum dies venerit defensu iri socium. l. 65. 2. D. 17. 2.: „Si in rem certam emendam, conducendamve coita est societas, et tunc etiam post alicuius mortem quidquid lucri detrimentive factum, sit commune esse Laheo eit. l. 29. D. 17. 2. „Si non fuerint, partes societati adiectae aequas esse constat. . . , . . . Unter Verlust versteht man hier das Defizit, welches sich als Gesammtresultat bei Beendigung der Gesellschaft selbst nicht etwa als Ergebnis bei Beendigung eines einzelnen Geschäftes ergiebt. l. 30. D. 17. 2.: „Servius in notatis Mutii ait nec posse societatem ita contrahi neque enim lucrum intellegitur, nisi damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto. l. 3. I. III 26. Quod tamen ita intellegi oportet, ut si in aliqua re lucrum in aliqua damnum allatum sit compensatione facta solum quod super est intelligatur lucro esse. Was in dieser Stelle vom Gewinn gesagt ist, gilt ebenso vom Verluste. Da demnach jeder Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsvertrages einen Anteil am Verluste zu tragen hat, so müssen wir untersuchen, ob dem socius, falls er von einem Mitgesellschafter, ohne daß dieser seinen Anteil am Verluste getragen hat, auf Deckung des Verlustes verklagt wird, die exceptio non adimpleti contractus gewährt werden kann. Meiner Ansicht nach greift die exceptio non adimpleti contractus bei den Verpflichtungen der Gesellschafter unter einander, den Verlust der Gesellschaft gemeinsam, in entweder gleich großen oder vertragsmäßig festgesetzten Anteilen zu tragen, Platz, wenn der Anteil am Verluste in einer Leistung besteht, die Zug um Zug gewährt werden kann, denn die Verpflichtungen der Gesellschafter werden alle insgesamt von demselben vertragsmäßigen Bande umspannt und die Verpflichtung des einen bildet ein Aequivalent für die Verpflichtung des anderen.

Freilich ganz anders verhält es sich, falls ein Gesellschafter seiner Beitragspflicht noch nicht nachgekommen ist, aber nichts destoweniger vom Mitgenossen, den diesen treffenden Anteil am Verluste der Gesellschaft einklagt. Denken wir uns den Fall, daß ein Gesellschaftsvertrag dahin geschlossen ist, daß einer der Gesellschafter keinen Anteil am Verluste zu tragen hat, vielmehr nur einen Beitrag zu leisten verpflichtet ist. — Gemäß l. 30. D. 17. 2.: „Sed potest coiri societas ita ut eius lucri quod reliquum in societate sit omni damno deducto pars alia ferratur; et eius damni quod similiter relinquatur pars alia capiatur," ist ein derartiger Gesellschaftsvertrag möglich. — Nehmen wir nun an, daß dieser socius, ohne seinen Beitrag geleistet zu haben, von seinem Mitgesellschafter die Deckung des Gesellschaftsverlustes einklagt. Unter diesen Umständen steht dem verklagten socius die exceptio non adimpleti contractus nicht zu. Denn die Verteilung des Verlustes resp. der Anspruch auf Deckung des Gesellschaftsverlustes hat zur Voraussetzung, daß die Gesellschaft und damit auch ihr Zweck nicht mehr besteht. Durch den Beitrag des Gesellschafters soll nun der Zweck der Gesellschaft gefördert werden. Wie kann der eben erwähnte im Verzuge befindliche Gesellschafter den Zweck noch fördern, der nicht mehr besteht? Es bleibt ihm höchstens noch die Möglichkeit, durch die nachträgliche Leistung des rückständigen Beitrags resp. des Interesses, welches die Gesellschaft an der rechtzeitigen Leistung hatte, die Gesellschaftsschulden und somit den Anteil eines jeden Gesellschafters an denselben zu mindern. Andererseits kann im vorliegenden Falle der beklagte Gesellschafter aus denselben Gründen den Beitrag nicht mehr verlangen, sondern nur noch den Ersatz des Interesses, welches er an der rechtzeitigen Leistung des Klägers hatte. Wollte man daher dem Gesellschafter, welcher von seinem socius, ohne daß derselbe selbst seine Beitragspflicht erfüllt hat, auf Tragung des Verlustes verklagt wird, die exceptio non adimpleti contractus gewähren, so würde man ihm das Recht einräumen, mittels dieser exceptio sein Interesse, welches er an der rechtzeitigen Leistung seitens des Klägers hat, geltend zu machen. Einerseits kann dieser Einspruch mittels der exceptio non adimpleti contractus, wie oben § 2 näher ausgeführt ist, nicht

geltend gemacht werden, andererseits gründet sich dieses Recht auf Ersatz wegen der nicht rechtzeitigen Beitragsleistung nicht direct auf den Gesellschaftsvertrag, sondern geht aus dem Verzuge des die Klage anstrengenden Gesellschafters hervor, in Gemäßheit der l. 36. 2. D. 7. 1.: Usus fructus servi Titio legatus est cum per heredem starit quominus praestarit, servus mortuus est, aliud dici non posse ait, quam in id obligatum esse heredem esse, quanti legatarii intersit moram factam non esse; ut scilicet ex eo tempore in diem, in quo servus sit mortuus, usus fructus aestrimetur . . . . . " l. 114. D. 45. 1.: „Si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit quominus eo die praestetur, consecuturum me quanti mea intersit moram factam non esse." Während folglich die Forderung des beklagten socius auf Ersatz des Interesses, welches er an der rechtzeitigen Leistung des Beitrages zur Gesellschaft seitens des Klägers hat, durch den Verzug des Klägers begründet wird, geht die Forderung des die Klage anstrengenden Gesellschafters auf Deckung des Gesellschaftsverlustes, wie schon oben dargelegt, aus dem Gesellschaftsvertrage hervor. Mithin entspringt die Forderung des Klägers und die Gegenforderung des beklagten Gesellschafters nicht aus demselben gegenseitigen Vertrage, vielmehr aus verschiedenen Verpflichtungsgründen. Die Forderung des Beklagten bildet nicht ein Aequivalent für die Forderung des Klägers, es fehlt den beiden sich gegenüberstehenden Forderungen der synallagmatische Character, und daher kann dem auf Deckung des Gesellschaftsverlustes beklagten Gesellschafter die exceptio non adimpleti contractus nicht gewährt werden, falls der die Klage betreibende Gesellschafter seine Beitragspflicht noch nicht erfüllt hat.

Nunmehr gelangen wir zu der zweiten Gruppe von Pflichten der Gesellschafter, welche nicht für jeden Gesellschafter ohne weiteres aus dem Gesellschaftsvertrage entspringen, vielmehr nur unter bestimmten Voraussetzungen für den socius entstehen; es sind dies die Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters.

An erster Stelle gehört hierher die Verpflichtung, den Gesellschaftsvorteil, soweit er den übrigen Gesellschaftern zusteht, herauszugeben. Denn wenn es einerseits, wie oben

gezeigt, unumgänglich notwendig ist, daß jeder Genosse zur Leistung eines Beitrages verpflichtet wird, so folgt andererseits aus dem Begriff Gesellschaft, daß jeder socius einen Anteil am Gesellschaftsvorteile zu beanspruchen hat l. 29. 2. D. 17. 2.: „Aristo refert, Cassium respondisse societatem talem coiri non posse ut alter lucrum tantum alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare. et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret alter vero nullum lucrum sed damnum sentiret. indignissimum eum genus societates est ex qua quis damnum non etiam lucrum spectet." Zwar ist nicht notwendig, daß der Anteil der einzelnen Gesellschafter am Gewinn gleich groß ist, sondern nach § 2 I. III. 26.: Quod si expressae fuerint partes, haec servari debent. nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duae partes et lucri et damni pertineant ad alium tertia," kann über die Größe des Anteils eine besondere Bestimmung getroffen werden. Klagt nun ein socius gegen einen Mitgesellschafter auf Herausgabe des Gewinnanteils, und hat Kläger etwa noch nicht seinen Beitrag geleistet, so kann der Beklagte sich der exceptio non adimpleti contractus nicht bedienen. Denn wie oben ausgeführt, setzt die Verteilung des Gewinnes die Auflösung der Gesellschaft voraus, s. l. 3. I. III. 26. Folglich, hat Kläger seine Beitragspflicht noch nicht erfüllt, verlangt nun aber seinen Anteil am Gewinn, so ist es ihm, wie oben gezeigt, unmöglich, jetzt noch einen Beitrag zur Gesellschaft zu leisten, höchstens könnte er das Interesse ersetzen, welches die Gesellschaft an seiner rechtzeitigen Leistung hatte.

Würde nun der auf Gewinnanteil verklagte Gesellschafter sich in einem solchen Falle der exceptio non adimpleti contractus bedienen können, so würde ihm damit gestattet werden, mit Hülfe der exceptio non adimpleti contractus Schadenersatzansprüche geltend zu machen.*) Dieses ist aber, wie oben erwähnt, nicht zulässig. Ferner entspringen die Ansprüche auf Schadenersatz aus dem Verzuge, während die

*) Stintzing S. 6 u. 7.

Ansprüche auf Gewinnanteil aus dem Gesellschaftsvertrage hervorgehen. Folglich stehen sich, falls ein Gesellschafter ohne seine Beitragspflicht erfüllt zu haben, dem Mitgesellschafter auf Herausgabe des Gewinnanteils verklagt, eine Forderung und Gegenforderung gegenüber, die nicht aus demselben gegenseitigen Vertrage begründet werden, und somit kann im vorliegenden Falle vom verklagten Gesellschafter die exceptio non adimpleti contractus nicht angewendet werden. Wohin würde es auch führen, wollten wir dem verklagten Gesellschafter in vorliegendem Falle die exceptio non adimpleti contractus gewähren? Dem nichtsäumigen, verklagten Gesellschafter wäre hierdurch ein Mittel geboten, alle Gesellschaftsvorteile einzuziehen ohne mit dem säumigen Gesellschafter den Gesellschaftsvorteil teilen zu müssen. Denn wie gesagt, hat die Verteilung des Gewinnes zur Voraussetzung, daß der Gesellschaftszweck beende ist. Da deshalb eine Förderung dieses Zweckes nicht mehr möglich ist, so kann der Kläger auch keinen Beitrag mehr leisten. Was thut nun der verklagte Gesellschafter im vorliegenden Falle, wenn er die exceptio non adimpleti contractus anwendet, anderes, als daß er vom Kläger eine unmögliche Leistung verlangt. Da die vom Kläger geforderte Leistung nicht mehr möglich ist, und somit der Kläger nicht mehr Zug um Zug leisten kann, so wäre der verklagte Gesellschafter zur Herausgabe des Gewinnes nicht mehr zu zwingen. Dies entspricht aber nicht der Billigkeit. Der säumige Gesellschafter ist und bleibt Mitglied der Gesellschaft, selbst wenn er durch sein Verhalten zu erkennen giebt, daß er das Gesellschaftsverhältniß aufgelöst wissen will. l. 63. 10. D. 17. 2.: „Societas solvitur ex personis. ex rebus, ex voluntate, ex actione; ideoque sive, homines. sive res, sive, voluntas, sive actio interierit distrahi videtur, societas . . . . . voluntate distrahitur societas renuntiatione. Aus dieser Stelle geht hervor, daß zur Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses nicht der einseitige Rücktritt genügt, daß vielmehr die ausdrückliche Erklärung nötig ist. Da der mit Leistung des Beitrages säumige Gesellschafter demnach auch fernerhin ein Mitglied der Gesellschaft bleibt, und als solches für die Gesellschaftsverluste haftet, so entspricht es auch der Billigkeit, daß der andere Gesellschafter

ihn in einem solchen Falle vom Gewinne nicht ausschließen kann; zumal ja dem nichtsäumigen Gesellschafter eine Reihe anderer Rechtsmittel zu Gebote stehen, die ihm seine Rechte gegen den säumigen Gesellschafter wahren. Aus diesen Gründen geht hervor, daß die exceptio non adimpleti contractus, falls ein Gesellschafter, ohne seine Beitragspflicht erfüllt zu haben, seinen Anteil am Gewinn vom Mitgesellschafter fordert, nicht Platz greift.

In Gemäßheit l. 72. D. 17.: 2. Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est sufficit et enim talem diligentiam . . . . . quia qui parum diligentem sibi socium adquierit de se queri debet," ist ein Gesellschafter ferner verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, den er durch sein Verhalten in Gesellschaftsangelegenheiten angerichtet hat. Gesetzt den Fall, ein Gesellschafter, welcher einen Schaden der Gesellschaft noch nicht ersetzt hat, verklagt seinen Mitgesellschafter auf Schadenersatz. Hier würde der eine Gesellschafter gegen den anderen Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses eine Schadenersatzforderung haben. Trotzdem würde sich der Beklagte der exceptio non adimpleti contracus nicht bedienen können, da die Forderungen des Klägers und Beklagten auf verschiedenen Verpflichtungsgründen beruhen, nämlich auf dem Umstande, daß sich der Gegner in Gesellschaftsangelegenheiten etwas hat zu Schulden kommen lassen. Folglich entfällt der Forderung des Klägers und der Gegenforderung des Beklagten der synallagmatische Charakter und, da nur bei solchen Verpflichtungen, von denen die eine das Aequivalent der anderen bildet, die exceptio non adimpleti contractus Anwendung finden kann, so ist dem auf Schadenersatz verklagten Gesellschafter, auch wenn der Kläger der Gesellschaft den von ihm angerichteten Schaden noch nicht ersetzt hat, die exceptio non adimpleti contractus zu verweigern. Aus l. 38. 1. D. 17. 2.: „Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his ceperis, vel pro socio, vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli Proculus ait." l. 52. 12. D. 17. 2.: „Item si in communem rivum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem

ad reciperandum sumptum. Cajus scripsit.“ l. 67. 2. D. 17. 2.: „Si quid unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio, judicio societatis servavit et usuras si forte mutuatus sub usuris, dedit, sed et si suam pecuniam dedit non sine causa dicetur quod usuras quoque percipere debeat quas possit habere, si alii mutuum dedisset,“ geht ferner hervor, daß dem geschäftsführenden Gesellschafter ein Ersatzanspruch zusteht für die Aufwendungen, die er im Interesse der Gesellschaft gemacht hat, und daß er von jedem Genossen einen verhältnismäßigen Anteil ersetzt verlangen kann. Nehmen wir nun an, zwei Gesellschafter hätten als Geschäftsführer im Interesse der Gesellschaft Aufwendungen gemacht, und einer von ihnen verklagte den anderen auf Ersatz, soweit dieser dafür aufzukommen hätte, ohne selbst dem Verklagten die von diesem im Interesse der Gesellschaft gemachten Aufwendungen teilweise zu ersetzen. Dem verklagten Gesellschafter würde es in diesem Falle nicht gestattet sein, sich der exceptio non adimpleti contractus zu bedienen; die Verpflichtung des beklagten Gesellschafters ist dadurch begründet, das der Kläger als Geschäftsführer im Interesse der Gesellschaft Aufwendungen gemacht hat, während die Verpflichtung des Klägers auf Ersatz der Aufwendungen aus der Geschäftsführung des Beklagten herrührt. Mithin sind die Forderungen des Klägers und Beklagten aus zwei verschiedenen Obligationen hervorgegangen, es bildet also die eine nicht das Aequivalent für die andere, und deshalb ist die exceptio non adimpleti contractus dem Beklagten nicht zu gewähren.

Zu demselben Resultate kommen wir, wenn der eine Gesellschafter vom Mitgesellschafter Ersatz des Schadens verlangt, der ihn bei Gelegenheit der Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten getroffen hat. Auch hier bildet, wie vorhin, die Verpflichtung des Klägers zum Schadensersatze an den Beklagten nicht das Äquivalent gegenüber der Verpflichtung des Verklagten zum Schadenersatze an den Kläger. Vielmehr die Verbindlichkeit des einen Genossen gegenüber dem anderen zum Ersatze dieses Schadens ist unter die Kategorie von Verbindlichkeiten einzureichen, die zufälligerweise bei gewissen einseitigen, obligatorischen Verträgen für den aus dem Vertrage anfangs nur Berechtigten erwachsen.

Aus dem Umstande nämlich, daß der Gesellschafter zufälliger Weise bei Ausführung von Gesellschaftsgeschäften Schaden erleidet, entspringt laut l. 52. 4. D. 17. 2.: „Quidam sagariam negotiationem coierunt. Alter ex his ad merces comparandas profectus, in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit . . . . . dicit Julianus damnum esse commune. ideaque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur; sed et si quid in medicos impensum est pro parte socium agnoscere debere rectissime Julianus probat proinde et si“ . . . . . für die anderen Gesellschafter die Verpflichtung, einen Teil an diesem Schaden zu tragen. Haben nun verschiedene Gesellschafter solche Schadenersatzansprüche gegen einander, so beruhen die Ansprüche resp. Verpflichtungen zum Schadensersatz auf ebenso vielen verschiedenen Verpflichtungsgründen, wie Ansprüche vorhanden sind. Da demnach, falls Kläger und Beklagter gegen einander Ansprüche auf Schadensersatz haben, diese Forderung und Gegenforderung nicht aus einem gegenseitigen Vertrage hervorgegangen ist, so ist dem verklagten Gesellschafter auch in diesem Falle die exceptio non adimpleti contractus zu verweigern.

Ebenso steht die exceptio non adimpleti contractus dem auf Schadensersatz verklagten Gesellschafter nicht zu, wenn der Kläger seinen Beitrag zur Gesellschaft noch nicht bezahlt, oder den gemachten Gewinn noch nicht herausgegeben, oder den Anteil am Verluste der Gesellschaft noch nicht getragen hat. Denn alle diese einzelnen Forderungen, des Beklagten entspringen, wie schon gezeigt, einem anderen Verpflichtungsgrunde, als der Anspruch auf Schadensersatz und bilden kein Aequivalent für den Anspruch des Klägers. Mithin fehlt auch hier die wichtigste Voraussetzung für die Anwendung der exceptio non adimpleti contractus.

Weiter ist der Geschäftsführer den Gesellschaftern verpflichtet, einen entsprechenden Anteil von dem, was er zur Ausführung von Gesellschaftsgeschäften erhalten, und was er durch Gesellschaftsgeschäfte erlangt hat, den übrigen Gesellschaftern abzuliefern. Wird nun ein Gesellschafter verklagt, diesen Anteil herauszugeben, und steht ihm gegen den Kläger,

seinen Mitgesellschafter, gleichfalls ein solcher Anspruch auf Herausgabe zu, weil auch der Kläger Geschäfte für die Gesellschaft geführt hat, so darf der verklagte Gesellschafter mit der exceptio non adimpleti contractus das in seinem Besitze befindliche Gesellschaftsvermögen nicht zurückhalten wollen, bis der Kläger auch seinerseits das erworbene Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter abgeliefert hat. Denn die Verbindlichkeit eines Gesellschafters zur Herausgabe hängt ja eben von dem zufälligen Umstande ab, daß er für die Gesellschaft Geschäfte geführt hat. Demnach ist diese Verpflichtung zur Herausgabe nicht unmittelbar auf Grund des Gesellschaftsvertrages entstanden, und somit stehen sich im vorliegenden Falle keine Forderungen gegenüber, die auf den Gesellschaftsvertrag, einen gegenseitigen Vertrag, zurückzuführen sind, und deshalb kann der Verklagte die exceptio non adimpleti contractus dem Kläger gegenüber nicht geltend machen. Ebenso verhält es sich, falls der auf Herausgabe verklagte Gesellschafter vom Kläger noch den rückständigen Beitrag zur Gesellschaft, oder die Deckung des Gesellschaftsverlustes, oder Schadenersatz verlangen könnte. Welche von den aufgeführten Forderungen dem verklagten socius auch zustehen möge, immer wird sein Anspruch, wie schon gezeigt, aus einem anderen Verpflichtungsgrunde hervorgegangen sein, als der Anspruch des Klägers auf Herausgabe, und somit kann die exceptio non adimpleti contractus in all diesen angeführten Fällen nicht Platz greifen, da sie nur bei Forderungen aus gegenseitigen Verträgen dem Verklagten zusteht.

Ich glaube durch diese Ausführungen die Ansicht Schweders, daß dem socio adversus socium, qui lucrum et damnum non vult dividere et interim actione pro socio experitur die exceptio non adimpleti contractus zu gewähren sei, widerlegt zu haben, zumal aus den von Schweder angeführten Quellenstellen garnichts hervorgeht, was diese Ansicht rechtfertigen könnte.

Es ist ferner folgender Fall möglich: ein Gesellschafter wird auf Herausgabe dessen verklagt, was er durch seine Geschäftsführung für die Gesellschaft erworben hat, während ihm selbst ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zusteht. Somit steht dem verklagten Gesellschafter aus demselben Vertragsverhältnisse, aus dem sich seine Verpflichtung zur Heraus-

gabe ergiebt, auch der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zu. Trotzdem sich demnach aus der Geschäftsführung für beide Parteien Rechte und Pflichten ergeben, ist die Geschäftsführung als ein einseitiges Vertragsverhältnis in diesem Falle anzusehen, denn das Recht auf Ersatz der Aufwendungen gegen den Kläger ist nicht von vorneherein als Äquivalent für die Verpflichtung des Beklagten auf Herausgabe des durch die Geschäftsführung erlangten Gesellschaftsvermögens festgesetzt. Vielmehr ist dieses Recht, wie oben ausgeführt, zufälligerweise entstanden. Daher kann auch in diesem Falle die exceptio non adimpleti contractus nicht Platz greifen, weil den sich gegenüberstehenden Forderungen der synallagmatische Character fehlt.

Schließlich bliebe uns noch die Frage zu erörtern übrig, ob der Gesellschafter sich weigern könne, über die von ihm geführten Geschäfte Rechnung zu legen, weil auch der die Klage anstrengende Gesellschafter ebenfalls über die von ihm geführten Geschäfte noch nicht Rechnung gelegt habe.*) Die Erörterung dieser Frage hat in der Praxis eine nicht unbedeutende Rolle gespielt. Die herrschende Ansicht in der Praxis hat meines Ermessens mit Recht dahin entschieden, daß dem Gesellschafter in diesem Falle die exceptio non adimpleti contractus zu verweigern sei. Zimmermann dagegen vertritt im Archiv für civilistische Praxis Bd. 54 S. 258 folgende Ansicht: Jeder Gesellschafter, welcher Geschäfte für die Gesellschaft besorgt hat, muß hierüber dem anderen Rechnung legen, und es würde gegen die bona fides verstoßen, wenn er von dem anderen Rechnungslegung verlangen könnte, ehe er selbst Rechnung über das von ihm geführte Gesellschaftsgeschäft abgelegt hätte. Meines Erachtens nach würde es gerade umgekehrt gegen die bona fides verstoßen, falls nämlich der auf Rechnungslegung verklagte socius dem Kläger die exceptio non adimpleti contractus entgegenhalten könnte, da auch der Kläger ihm eine Leistung noch zu erfüllen habe. Die Rechnungslegungspflicht wird in den römischen Quellen als eine allgemeine Pflicht aller Verwalter fremden Vermögens bezeichnet, so l. 46. 4. D. 3. 3.:

*) Seuffert Archiv. Bd. 25 Nr. 105 S. 920, Nr. 237, Bd. 29, Nr. 235, Bd. 36, Nr. 34, Bd. 26, Nr. 48.
R. G. Bd. 54, S. 411. Bd. 47 Nr. 177.

„Procurator ut in ceteris quoque negotiis gerendis ita et in litibus ex bona fide rationem reddere debet . . . . . und l. 2. D. 3. 5.: „Si quis absentis negotia gesserit licet ignorantis tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam ipse se in re absentis alicui obligaverit, habeat eo nomine actionem itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appelatur negotiorum gestorem. Et sane sicut aequum est ipsum actus sui rationem reddere et eo nomine condemnari, quidquid non vel, ut oportuit, gessit vel ex his negotiis retinet, ita ex diverso iustum est si utiliter gessit praestari et quidquid eo nomine vel abest ei vel affuturum est. Aus dieser und einer Reihe anderer Stellen läßt sich diese Pflicht für denjenigen herleiten, der berufen oder unberufen fremdes Vermögen verwaltet oder fremde Geschäfte geführt hat. Folglich ist diese Pflicht, Rechnung zu legen, eine selbständige, aus der Natur der Sache herrührende Verpflichtung, die nicht für jeden Gesellschafter besteht, noch auch allein durch den Gesellschaftsvertrag begründet wird. Falls jeder sowohl Kläger wie Beklagter gegen einander ein Recht haben, Rechnungslegung zu verlangen, so stehen sich zwar Forderung und Gegenforderung gegenüber. Um aber die exceptio non adimpleti contractus zur Anwendung bringen zu können, genügt, wie ich immer hervorgehoben habe, das Gegenüberstehen zweier Forderungen allein nicht, sondern es ist unbedingt erforderlich, daß die sich gegenüberstehenden Forderungen durch einen synallagmatischen Vertrag begründet werden. Da die unbedingt notwendige Voraussetzung für die Anwendung der exceptio non adimpleti contractus in dem Falle, daß beide Gesellschafter, Kläger wie Beklagter, von einander Rechnungslegung verlangen, nicht gegeben ist, so kann sich der beklagte Gesellschafter der exceptio nicht bedienen. Aus gleichem Grunde steht dem auf Rechnungslegung verklagten Gesellschafter die exceptio non adimpleti contractus nicht zu, wenn der Kläger seinen Beitrag zu der Gesellschaft noch nicht geleistet oder die durch die Geschäftsführung erlangten Sachen resp. den gemachten Gewinn unter die Mitgesellschafter noch nicht verteilt hat, oder wenn er sonst einer Verpflichtung dem verklagten Mitgesellschafter gegenüber noch nicht nachgekommen ist. Stets fehlt hier den sich gegenüberstehenden Forderungen der Ge-

sellschafter der synallagmatische Charakter, und somit kann die exceptio non adimpleti contractus in keinem Falle Platz greifen. Wohin würde es auch führen, wollte man dem verklagten Gesellschafter die exceptio non adimpleti contractus gewähren, falls ihm ein Recht, etwa der Anspruch auf einen Anteil an dem, was der geschäftsführende Gesellschafter erworben hat, gegen den Kläger zustände? Der Kläger verlangt durch die Forderung, Rechnung abzulegen, vom verklagten Gesellschafter, die Tatsachen anzugeben, welche sonstige Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten rechtfertigen. Die Forderung auf Rechnungslegung ist also nichts weiter als die Vorbereitung für eine materielle Vermögensherausgabe, und ist im Grunde genommen deshalb kein materiell rechtlicher Anspruch, da der eine Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen verwaltet resp. Gesellschaftsgeschäfte abgeschlossen hat, so kann der andere Gesellschafter unmöglich wissen, was und wieviel ihm aus dem erworbenen Gesellschaftsvermögen zukommt. Der Geschäftsführer kann ihm hierüber Aufschluß geben und könnte dem anderen Gesellschafter die nähere Auskunft nur deshalb nicht geben wollen, um die Rechtsverfolgung seitens eines Mitgesellschafters auf Herausgabe des ihm zustehenden Anteils unmöglich zu machen, da ja der Kläger, um mit seinem Klageanspruche durchzudringen, außer der gehörigen Begründung seines Antrages, seinen Anspruch qualitativ und quantitativ begründen muß. Wie schon gesagt, verlangt der Gesellschafter, falls er seinen Mitgesellschafter auf Rechnungslegung verklagt, nicht die Herausgabe seines ihm zustehenden Anteils, sondern nur die näheren Angaben über die qualitative und quantitative Beschaffenheit seines Anspruches. Der verklagte Gesellschafter hat daher gar kein directes Interesse daran, dem Kläger die Rechnungslegung zu verweigern, da er ja durch die bloßen Angaben über den Anteil des Klägers keine Sicherheit aus den Händen giebt, sondern den Anteil des Klägers behält. Würde sich der auf Rechnungslegung verklagte Gesellschafter dem Kläger gegenüber deshalb der exceptio non adimpleti contractus bedienen wollen, weil der Kläger z. B. den Anteil am Gewinn, welcher aus der Geschäftsführung für die Gesellschaft von ihm erzielt ist, dem Beklagten noch nicht abgeliefert habe, so ist dieses ganz abgesehen davon, daß der Anspruch des Klägers und der

Gegenanspruch des Beklagten nicht aus demselben gegenseitigen Vertrage hervorgegangen sind, deshalb nicht zu gestatten, weil hierdurch gegen die bona fides verstoßen würde, denn der Kläger würde, wie gesagt, durch die Rechnungslegung nur über den Stand seiner Forderung gegen den Beklagten nähere Auskunft erhalten. Der Beklagte dagegen würde, falls er die exceptio non adimpleti contractus im vorliegenden Falle mit Erfolg zur Anwendung bringen könnte, die Auslieferung seines Gewinnanteils erreichen. Der Beklagte würde ohne jeden Grund Vorleistung verlangen, und der Kläger würde somit gezwungen sein, den in seinen Händen befindlichen Anteil am Gewinn des Beklagten auszuliefern. Als Gegenleistung dafür erhielte er nur die nähere Kenntnis über die qualitative und quantitative Beschaffenheit seines Anspruches gegen den Beklagten, jedoch nicht die eigentliche Erfüllung seines Anspruches. Da die exceptio non adimpleti contractus dem unbilligen Verlangen eines Contrahenten entgegentreten, nicht aber Vorschub leisten soll, so wäre schon aus diesem Grunde dem Gesellschafter, falls er auf Rechnungslegung verklagt wird, ohne daß der Kläger ihm den Anteil am Gewinn abgeliefert hat, die exceptio non adimpleti contractus nicht zu gewähren.

Nachdem wir uns im vorhergehenden die Verpflichtungen der Gesellschafter einzeln vor Augen geführt und bei jeder Verpflichtung uns die Frage vorgelegt haben, ob der beklagte Gesellschafter sich der exceptio non adimpleti contractus bedienen könne, falls der die Klage betreibende Mitgesellschafter die gleichartige oder eine andere Verbindlichkeit noch nicht erfüllt hat, kommen wir zu dem Endresultate, daß nach gemeinem Rechte die exceptio non adimpleti contractus bei den Verbindlichkeiten der Gesellschafter untereinander zwar prinzipiell Platz greifen könne, weil nämlich der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, daß aber andererseits die exceptio non adimpleti contractus infolge der Besonderheit des Gesellschaftsvertrages und der Verpflichtungen der Gesellschafter nur bei wenigen Verbindlichkeiten der socii, nämlich bei der Verpflichtung einen Beitrag zu leisten und einen Anteil am Gesellschaftsverluste zu tragen, und auch hier nur, falls die gegenseitigen Leistungen Zug um Zug vollzogen werden können,

seitens des beklagten Gesellschafters mit Erfolg angewendet werden kann.

§ 5.

Der Begriff der Gesellschaft im Bürgerlichen Gesetzbuche stimmt im Wesentlichen mit dem Angriff der gemeinrechtlichen societas überein. Jedoch ist die nähere Ausgestaltung der beiden Institute eine sehr verschiedene, so z. B. während wir im gemeinen Rechte ein Sondervermögen der Gesellschaft nicht kennen, besteht nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches ein besonderes, von dem übrigen Vermögen der Gesellschafter getrenntes Gesellschaftsvermögen, daß allen Gesellschaftern zur gesammten Hand gehört; gemäß § 718 B. G. B.: „die Beiträge der Gesellschafter und die . . . . werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen)." Somit ist die Gesellschaft des heutigen Rechts der juristischen Person bedeutend näher gerückt, als dies z. Zt. des gemeinen Rechts der Fall war. Ferner sind manche neue Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuche enthalten, welche gewisse Streitfragen bezgl. der Gesellschaft z. Zt. des gemeinen Rechts beseitigen; freilich ist über die uns besonders interessierende Frage, ob der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, keine direkte Bestimmung getroffen. Somit bleibt uns der zweite Teil unserer Aufgabe noch übrig, nämlich zu prüfen, wie die Frage, greift die Einrede des nichterfüllten Vertrages bei den Verpflichtungen der Gesellschafter unter einander Platz, nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beantworten ist.

Wie bereits oben gesagt, ist die exceptio non adimpleti contractus des gemeinen Rechts im Wesentlichen in das heutige Recht als Einrede des nicht erfüllten Vertrages übernommen. §. 320 B. G. B. sagt: „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern . . . ." Demnach kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages principiell auf alle gegenseitigen Verträge Anwendung finden. Da nun, wie im § 3 festgestellt ist, der Gesellschaftsvertrag unter die gegenseitigen Verträge des Bürgerlichen Gesetzbuches zu rechnen ist, so müssen wir auch hier ebenso wie im gemeinen Rechte zu dem Resultate kommen, daß die Einrede des

nicht erfüllten Vertrages auch auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung finden kann. Jedoch bleibt uns im folgenden noch zu prüfen, welche Einschränkungen die Anwendung der Einrede zu erleiden hat, und zwar infolge der Besonderheiten, welche der Gesellschaftsvertrag im Vergleiche zu anderen gegenseitigen Verträgen aufweist. Nach heutigem Rechte kann sich die Gesellschaft ebenso wie im gemeinen Rechte aus zwei oder mehreren Personen zusammen setzen. Während nun nach gemeinem Rechte jeder Gesellschafter einerlei ob zwei oder mehrere Personen die Gesellschaft bilden, vom Mitgesellschafter einen Anteil resp. die ganze dem einzelnen Mitgesellschafter obliegende Leistung einklagen konnte, muß man nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches bei den Verpflichtungen der Gesellschafter zwischen solchen unterscheiden, deren Erfüllung nur die Gesellschaft, d. h. alle Gesellschafter zusammen verlangen können, und solchen deren Erfüllung jeder einzelne Gesellschafter fordern kann.*) Zwar wird von Einigen auch die Ansicht vertreten, daß nach Bürgerlichen Gesetzbuche ebenso wie im gemeinen Rechte alle Ansprüche ohne Ausnahme dem einzelnen Gesellschafter zuständen, nur mit dem Unterschiede, daß die Erfüllung gewisser Verpflichtungen und an die gemeinsame Kasse verlangt werden könne. So wollen die Anhänger dieser letzten Ansicht jedem Gesellschafter das Recht einräumen, die Beitragsleistung vom Mitgesellschafter an die Gesellschaftskasse einfordern zu können. Meinem Ermessen nach gehört aber bereits die Forderung auf Beitragsleistung zum Gesellschaftsvermögen, und daher kann nur die Gesellschaft den einzelnen Gesellschafter auf Beitragsleistung verklagen. Wohin würden wir auch gelangen, wollten wir annehmen, daß die Forderung auf Beitragsleistung nicht zum Gesellschaftsvermögen gehöre? Die Gesellschafter, denen die Geschäftsführung übertragen ist, würden zur Einziehung der Beiträge nicht verpflichtet sein, und wollten sie etwa die Beiträge von den einzelnen Gesellschaftern einklagen, so könnten sie ihr Recht hierzu nur auf ihre Mitgliedseigenschaft nicht aber auf die Befugnis zur Geschäftsführung stützen. Hätte sich ferner eine Gesellschaft einem Gläubiger gegenüber nur mit dem Gesellschaftsvermögen verpflichtet, so würden zweifellos die noch zur Gesellschaft geschuldeten Bei-

*) Dernburg B. G. B. Bd. II S. 548.

träge der Exekution seitens des Gläubigers nicht unterliegen.*) Folglich sprechen einerseits Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründe für die Ansicht, daß nicht nur die bereits geleisteten Beiträge, sondern auch die Forderung auf Beitragsleistungen zum Gesellschaftsvermögen gehören, andererseits steht aber auch der Wortlaut des § 718 B. G. B. dieser Ansicht durchaus nicht entgegen. Da demnach die Forderung auf Beitragsleistung zum Gesellschaftsvermögen gehört, so steht auch gemäß § 709 B. G. B. die Forderung auf Beiträge der Gesellschaft d. h. den Gesellschaftern zusammen zu. Somit schließe ich mich der Ansicht an, daß man nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches bei den Verpflichtungen der Gesellschafter zwischen solchen unterscheiden muß, deren Erfüllung nur die Gesellschaft d. h. alle Gesellschafter zusammen verlangen können und solchen, deren Erfüllung jeder einzelne Gesellschafter fordern kann. Diese Ansicht werde ich auch meiner weiteren Bearbeitung zu Grunde legen, jedoch zum Schlusse es nicht unterlassen, auf den Unterschied hinzuweisen, der sich ergeben würde, falls sämtliche Ansprüche dem einzelnen Gesellschafter zuständen.

Klagt die Gesellschaft oder ihr Vertreter eine Forderung gegen einen Gesellschafter ein, so kann der Beklagte nur die Gegenrechte geltend machen, die ihm gegen den Kläger, die Gesellschaft, zustehen. Daher kann der verklagte Gesellschafter sich der Einrede des nicht erfüllten Vertrages der Gesellschaft gegenüber nur bedienen, falls auch ihm gegenüber der Gesellschaft eine Forderung als ein Äquivalent für die gegen ihn eingeklagte Verpflichtung zusteht, nicht aber schon dann, wenn ein anderer Gesellschafter mit der Erfüllung der gleichen Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber ebenfalls noch im Rückstande ist. Denn dieser Anspruch gegen den anderen, ebenfalls säumigen Gesellschafter, steht nicht dem Beklagten, sondern der Gesellschaft, dem Kläger, zu. Wollte sich also der Beklagte der Einrede des nichterfüllten Vertrages deshalb bedienen, weil der andere Gesellschafter mit derselben Leistung noch im Rückstande ist, so würde er damit sich auf ein Recht berufen, welches nicht ihm, sondern dem Kläger zusteht.

Betrachten wir die Verpflichtungen, welche den Gesellschaftern nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetz-

*) Enneccerus S. 723.

buches obliegen im einzelnen etwas genauer; ob und bei welchen von ihnen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages Platz greifen kann. Zunächst finden wir, daß ebenso wie im gemeinen Rechte auch nach heutigem Rechte die Hauptverpflichtung der Gesellschafter darin besteht, daß jeder zur Erreichung des Gesellschaftszwecks einen Beitrag zu leisten hat. Diese Verpflichtung entspringt direkt aus dem Gesellschaftsvertrage und kann ebenso wenig wie im gemeinen Rechte einem Gesellschafter erlassen werden. § 705 B. G. B. sagt ausdrücklich: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig . . . . . insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten." Gemäß § 718 gehört dieser von den Gesellschaftern zu leistende Beitrag zum Gesellschaftsvermögen. Daher können nach § 709 B. G. B.: „Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft steht den Gesellschaftern gemeinsam zu . . . . . ." nur alle Gesellschafter zusammen den Beitrag von einem Gesellschafter einklagen. Macht die Gesellschaft von diesem Rechte Gebrauch, so kann der Beklagte nicht deshalb die Bestimmung des § 320 B. G. B. sich zu Nutzen machen wollen, weil auch ein anderer Gesellschafter mit der Erfüllung der Beitragspflicht noch im Rückstande ist. Denn, wie oben gezeigt, hat nicht der Beklagte allein das Recht, den Beitrag eines Mitgesellschafters einzuklagen, sondern dieses Recht steht ihm mit den übrigen Gesellschaftern zusammen zu. Dieses mag zunächst hart und unbillig erscheinen, und Einige wollen aus Billigkeitsgründen dem Verklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gewähren, falls keiner der Gesellschafter seinen Beitrag zur Gesellschaft geleistet hat.*) Nach meiner Ansicht liegt jedoch kein Grund vor, in diesem Falle dem verklagten Gesellschafter auch noch diesen Rechtsbehelf zu gewähren, da dem einzelnen Gesellschafter durch verschiedene Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches gegen Unbilligkeit hinreichender Schutz gewährt wird, und er daher der Einrede des nicht erfüllten Vertrages in diesem Falle garnicht bedarf. Ich will hier nur beispielsweise hinweisen auf die für die Gesellschafter so äußerst günstigen Bestimmungen des § 723 B. G. B., nach denen ihnen gestattet ist, bei triftigem Grunde der Gesellschaft sofort zu kündigen, und nach

*) Enneccerus B. G. B. Bd. I. S. 725.

denen eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen, oder den Vorschriften des § 723 zuwider beschränkt wird, nichtig ist. Aus den oben ausgeführten Gründen ist dem seitens der Gesellschaft auf Erfüllung der Beitragspflicht verklagten Gesellschafter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu verweigern, falls ein anderer Gesellschafter mit der Leistung seines Beitrages ebenfalls noch im Rückstande ist.

Zum Gesellschaftsvermögen gehören gemäß § 718 B. G. B. die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände und Rechte und alles, was auf Grund eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes erworben wird. Daher steht auch nur der Gesellschaft das Recht zu, vom geschäftsführenden Gesellschafter die Herausgabe dieses Gesellschaftsvermögens zu verlangen. Verklagt nun die Gesellschaft den Gesellschafter auf Herausgabe, und haben auch noch andere Gesellschafter als der Beklagte die gleiche Verpflichtung ihrerseits noch nicht erfüllt, so kann der Beklagte sich der Einrede des nicht erfüllten Vertrages schon deshalb nicht bedienen, weil das Recht resp. die Verpflichtung zur Herausgabe des Gesellschaftsvermögens nicht direct auf dem Gesellschaftsvertrage beruht, sondern allein darauf, daß jeder der betreffenden Gesellschafter für die Gesellschaft Geschäfte geführt hat. § 713 B. G. B. sagt: „Die Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670 B. G. B. . . . . .“ § 667 B. G. B. bestimmt nun: „Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrages erhält, und was er aus der Geschäftsführung erlangt, herauszugeben.“ Hieraus geht hervor, daß die Pflicht zur Herausgabe nur für den geschäftsführenden Gesellschafter besteht, und ebensoviele Verpflichtungsgründe vorliegen, als Gesellschafter verpflichtet sind, das infolge ihrer Geschäftsführung in ihren Besitz gelangte Gesellschaftsvermögen herauszugeben. Ist demnach außer dem Beklagten auch noch ein anderer Gesellschafter zur Herausgabe des von ihm verwalteten oder erworbenen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, so ist jede Verpflichtung aus einem besonderen Schuldverhältnisse hervorgegangen. Folglich ist den Gesellschaftern in diesem Falle die Einrede des nicht erfüllten

Vertrages nicht zu gewähren. Ferner steht das Recht, die Herausgabe des Gesellschaftsvermögens vom geschäftsführenden Gesellschafter zu verlangen gemäß § 709 B. G. B. nicht dem einzelnen Gesellschafter sondern der Gesellschaft zu. Wollte also der auf Herausgabe verklagte Geschäftsführer sich der Einrede des nicht erfüllten Vertrages bedienen, weil auch ein Mitgesellschafter Gesellschaftsvermögen noch herauszugeben habe, so würde er sich damit auf ein Recht stützen, welches nicht ihm, sondern dem Kläger zustände, und deshalb ist dem Beklagten auch aus diesem Grunde die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu verweigern.

Aus denselben Gründen kann sich der auf Herausgabe des Gesellschaftsvermögens verklagte Gesellschafter der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht bedienen, falls ein Gesellschafter seinen Beitrag noch nicht geleistet hat. Die Beitragspflicht entspringt aus dem Gesellschaftsvertrage, die Herausgabepflicht dagegen aus der Geschäftsführung, mithin sind beide Verpflichtungen nicht aus demselben gegenseitigen Vertrage hervorgegangen. Das Recht, den Beitrag einzutreiben, wie auch die Herausgabe des verwalteten oder erworbenen Gesellschaftsvermögens steht gemäß § 718 und 709 B. G. B. der Gesellschaft zu, folglich kann der Beklagte mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages sich auch in diesem Falle nicht schützen.

Sind die Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft mit der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten in Verzug gekommen, oder haben sie durch ihr Verhalten in Gesellschaftsangelegenheiten Schaden angerichtet, so ist von ihnen der Schaden zu ersetzen, welcher infolge ihres Verschuldens der Gesellschaft erwachsen ist. Diesen Anspruch auf Schadensersatz kann ebenfalls nur die Gesellschaft einklagen. Wird nun ein Gesellschafter auf Schadensersatz verklagt, so kann er nicht begehren, den Schaden nicht eher zu ersetzen, als bis auch der von seinen Mitgesellschaftern angerichtete Schaden ersetzt wäre. Die Schadensersatzpflicht des Beklagten beruht auf seinem eignen Verschulden, die Schadensersatzpflicht eines anderen Gesellschafters beruht auf dessen Verschulden. Folglich besteht für jede Verpflichtung eines Gesellschafters auf Schadensersatz ein neuer Verpflichtungsgrund, es fehlt dennoch den Ver-

pflichtungen der synallagmatische Charakter. Außerdem steht, ebenso wie der Beitrag, auch der Schadensersatz als Teil des Gesellschaftsvermögens der Gesellschaft und nicht dem einzelnen Gesellschafter zu. Der Beklagte würde sich also auch hier auf ein Recht stützen wollen, welches er allein nicht geltend machen kann. Aus diesen Gründen greift die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, falls ein Gesellschafter auf Schadensersatz verklagt wird, ohne daß die anderen schadensersatzpflichtigen Gesellschafter ihre Verpflichtung erfüllt haben, nicht Platz.

Eine weitere Verpflichtung des Gesellschafters ist aus § 722 B. G. B. zu entnehmen: „Sind die Anteile der Gesellschafter am Verluste nicht bestimmt, so hat jeder Gesellschafter . . . . . einen gleichen Anteil am Verluste." Auch nach Bürgerlichen Gesetzbuche ist unter Verlust der Fehlbetrag zu verstehen, der sich nach Beendigung der Gesellschaft herausstellt. § 721 B. G. B. bestimmt: „Ein Gesellschafter kann die Verteilung des Verlustes erst nach der Auflösung der Gesellschaft verlangen." Da die Verteilung und Einforderung des Verlustes mit zur Verwaltung des Gesellschaftsvermögens gehört, so kann die Deckung des Gesellschaftsverlustes nur von der Gesellschaft verlangt werden, welche für die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens, trotz Beendigung der Gesellschaft, als fortbestehend gilt, in Gemäßheit des § 730 Abs. 2 B. G. B. Verklagt die Gesellschaft einen Gesellschafter, den ihm zukommenden Anteil am Verluste zu decken, so darf der Beklagte der Klägerin gegenüber sich der Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht bedienen, weil auch ein anderer Gesellschafter den Anteil am Verluste ebenfalls noch nicht getragen hat. Denn der Beklagte würde sich mit dieser Einrede auf ein Recht berufen, welches nicht ihm allein, sondern der Gesellschaft, der Klägerin, zusteht.

Aus denselben Gründen würden wir dem verklagten Gesellschafter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verweigern müssen, falls von ihm verlangt würde, den ihm zufallenden Anteil am Gesellschaftsverluste zu decken, während ein anderer Gesellschafter den Beitrag noch nicht geleistet hätte, oder den angerichteten Schaden noch nicht ersetzt, oder den infolge seiner Geschäftsführung erzielten Gesellschaftsgewinn noch nicht herausgegeben hätte. Jeder dieser Ansprüche

gegen den säumigen Gesellschafter steht, wie oben gezeigt, der Gesellschaft und nicht dem einzelnen Mitgesellschafter zu, und daher kann der Beklagte sich durch die Einrede des nichterfüllten Vertrages auf diese Ansprüche nicht stützen.

So haben wir gesehen, daß nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetz-Buches der beklagte Gesellschafter sich deshalb der Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht bedienen kann, falls die Gesellschaft einen Anspruch gegen ihn einklagt, ohne daß die anderen Gesellschafter die gleiche Verpflichtung bereits erfüllt haben, weil dem Beklagten das Recht, auf welches er seine Einrede stützen wollte, gar nicht zustand.

Es giebt ferner Ansprüche, welche dem einzelnen Gesellschafter gegen die Gesellschaft zustehen. Wir wollen im folgenden prüfen, ob der beklagten Gesellschaft die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu gewähren ist, weil der Kläger, als Gesellschafter, mit der Erfüllung einer Verpflichtung ihr gegenüber noch im Rückstande ist.

Aus dem Begriff „Gesellschaft" geht hervor, daß allen Gesellschaftern ein Anteil am Gewinne zusteht, da sie sich alle zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes verbunden haben. Dieser Anspruch kann gemäß § 709 B. G. B. von einem Gesellschafter nur gegen die Gesellschaft eingeklagt werden, weil zur Erfüllung dieses Anspruches eine Verfügung über das Gesellschaftsvermögen wenigstens über einen Teil desselben notwendigen wird. Ist die Gesellschaft auf Herausgabe des Gewinnanteils von einem Gesellschafter verklagt, so kann die Beklagte der Einrede des nicht erfüllten Vertrages sich nicht bedienen, falls der Kläger seine Beitragspflicht noch nicht erfüllt hat. Gemäß § 721 B. G. B.: „Ein Gesellschafter kann die Verteilung des Gewinnes . . . . . erst nach der Auflösung der Gesellschaft verlangen. Ist die Gesellschaft von längerer Dauer, so hat die Gewinnverteilung im Zweifel am Schlusse jedes Geschäftsjahres zu erfolgen." kann der Gesellschafter seinen Gewinnanteil erst nach Auflösung der Gesellschaft, in gewissen Fällen erst nach Ablauf eines Jahres verlangen. Ist aber die Gesellschaft beendet, so hat damit zugleich der Gesellschaftszweck aufgehört. Der Gesellschafter kann deshalb den Gesellschaftszweck nicht mehr fördern, also auch keinen Beitrag im eigentlichen Sinne zur Gesellschaft mehr leisten. Ebensowenig kann

der säumige Gesellschafter, falls jedes Jahr der Gewinn verteilt wird, am Ende dieses Jahres den Gesellschaftszweck des verflossenen Jahres noch fördern. Er könnte höchstens z. Z. der Gewinnverteilung nur noch das Interesse ersetzen, welches die Gesellschaft an der rechtzeitigen Erfüllung der Beitragspflicht hatte.

Andererseits kann auch die Gesellschaft zur Zeit der Gewinnverteilung von dem säumigen Gesellschafter nicht mehr den Beitrag als solchen, sondern nur einen Ersatz des Interesses verlangen, welches sie an der rechtzeitigen Erfüllung der Beitragspflicht hatte. Folglich ist die aus dem Gesellschaftsvertrage für den Gesellschafter hervorgegangene Verpflichtung zur Beitragsleistung unmöglich geworden, und somit kann sich die auf Herausgabe verklagte Gesellschaft der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht bedienen, da mit dieser Einrede nicht die Ansprüche verfolgt werden können, welche sich infolge Verzuges des Klägers für die Gesellschaft ergeben; zwar stehen sich in diesem Falle Forderung und Gegenforderung gegenüber. Die Forderung des Klägers ist durch den Gesellschaftsvertrag begründet, während die Gegenforderung der Gesellschaft aus dem Verzuge des Gesellschafters, Klägers, hervorgegangen ist. Mithin fehlt den beiden sich gegenüberstehenden Forderungen der synallagmatische Charakter und somit eine wichtige Voraussetzung für die Anwendung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Falls die Gesellschaft auf Herausgabe des Gewinnanteils von einem Gesellschafter verklagt wird, kann sie sich ferner auch dann der Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht bedienen, falls den übrigen Gesellschaftern ebenfalls noch ein Anspruch auf ihren Gewinnanteil zusteht. Denn dieser Anspruch auf Gewinn kann nicht gegen den einzelnen Gesellschafter eingeklagt werden, sondern gemäß § 709 B. G. B. nur gegen die Gesellschaft.

Nachdem wir so gesehen haben, daß sich die Anwendung der Einrede des nichterfüllten Vertrages in keiner Weise rechtfertigen läßt, falls die Gesellschaft von einem Gesellschafter auf Herausgabe des Gewinnanteils verklagt wird, ohne daß dieser ihr gegenüber die Beitragspflicht erfüllt hatte, oder ohne, daß die übrigen Gesellschafter ihren

Gewinnanteil schon erhalten haben, wollen wir nunmehr prüfen, ob die Einrede der Gesellschaft zu gewähren ist, falls der Kläger Gesellschaftsvermögen, welches er infolge der Geschäftsführung in Besitz hat, noch nicht herausgegeben hat. Wie oben gezeigt, entspringt der Anspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter auf Herausgabe des Gesellschaftsvermögens nicht direkt aus dem Gesellschaftsvertrage, vielmehr aus dem Umstande, daß der Kläger Geschäfte für die Gesellschaft geführt hat. Folglich fehlt den sich gegenüberstehenden Forderungen auf Gewinnanteil einerseits und auf Herausgabe des Gesellschaftsvermögens andererseits die wichtige Voraussetzung, daß beide aus demselben gegenseitigen Vertrage entstanden sind, und daher kann der verklagten Gesellschaft die Einrede des nichterfüllten Vertrages auch in diesem Falle nicht gewährt werden.

Der geschäftsführende Gesellschafter kann auch nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Ersatz der Aufwendungen verlangen, die zur Ausführung des Auftrages erforderlich waren, in Gemäßheit des § 713 und 670 B. G. B.: „Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrages, Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet." Verlangt der Gesellschafter von der Gesellschaft Ersatz solcher Aufwendungen, ohne selbst seinen Beitrag zur Gesellschaft geleistet, oder ohne einen Anteil am Verluste der Gesellschaft getragen, oder ohne das infolge seiner Geschäftsführung erworbene Gesellschaftsvermögen herausgegeben zu haben, so kann die Gesellschaft auf Grund keiner dieser ihr zustehenden Forderungen die Einrede des nichterfüllten Vertrages geltend machen, da keiner von diesen Ansprüchen der Gesellschaft ein Äquivalent für die Forderung des Klägers bildet, und keiner von ihnen als Gegenleistung für die Forderung des Klägers durch denselben gegenseitigen Vertrag begründet ist.

Aus § 713 resp. 666 B. G. B.: „Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrages Rechenschaft abzulegen," ergiebt sich für den geschäftsführenden Gesellschafter ferner die Verpflichtung, seinen Mitgesellschaf-

tern Rechnung abzulegen, und zwar ist der Gesellschafter gemäß § 716 B. G. B. auf Verlangen jedes einzelnen Gesellschafters verpflichtet, Rechnung abzulegen. Verklagt ein Gesellschafter einen Mitgesellschafter auf Rechnungslegung, ohne selbst über ein von ihm geführtes Gesellschaftsgeschäft Rechnung abgelegt zu haben, so kann sich der Beklagte nicht weigern, eher Rechnung zu legen, bis der Kläger seiner Verpflichtung nachgekommen ist. Die Rechnungslegungspflicht entsteht für jeden Gesellschafter nicht schon allein auf Grund des Gesellschaftsvertrages, sondern erst durch die für den einzelnen Gesellschafter eigentümliche Sachlage, daß er nämlich, als Geschäftsführer für die Gesellschaft thätig gewesen ist. Die Verpflichtung sowohl des Klägers wie Beklagten geht daher nicht aus demselben gegenseitigen Vertrage hervor, und die Verpflichtung des einen bildet nicht ein Äquivalent für die Verpflichtung des anderen. Daher muß die Frage, ob dem auf Rechnungslegung verklagten Gesellschafter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu gewähren sei, falls auch der Kläger noch Rechnung zu legen hat, verneint werden. Hat ferner ein Gesellschafter den Geschäftsführer auf Rechnungslegung verklagt, ohne seinen Beitrag, oder Ersatz des angerichteten Schadens geleistet zu haben, oder ohne das infolge seiner Geschäftsführung erworbene Gesellschaftsvermögen herausgegeben zu haben, so kann der Beklagte, auch wenn ihm seitens der Gesellschaft das Recht zuerkannt ist, im Namen der Gesellschaft von dem säumigen Gesellschafter, dem Kläger, die Erfüllung einer der erwähnten Verpflichtungen einzuklagen, sich trotzdem der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht bedienen. Denn zunächst ist die Verpflichtung Rechnung zu legen, eine dem Beklagten persönlich obliegende Verpflichtung, während das Recht den Beitrag oder Schadenersatz, oder die Herausgabe des Gesellschaftsvermögens vom Kläger verlangen zu können, der Gesellschaft allein zusteht. Wenn die Gesellschaft den Geschäftsführer auch beauftragt hat, diese Rechte für sie geltend zu machen, so wird er damit berechtigt, als Stellvertreter der Gesellschaft die Erfüllung verlangen zu können, nicht aber für sich, sondern für die Gesellschaft. Die dem Geschäftsführer zur Eintreibung überwiesenen Ansprüche bleiben daher Rechte der Gesellschaft. Wollte sich

der verklagte Geschäftsführer auf eines dieser Rechte stützen, falls der Kläger von ihm Rechnunglegung verlangt, so würde er sich auf ein fremdes Recht stützen, um eine ihm persönlich zustehende Verpflichtung zu verweigern. Dies ist nicht statthaft; daher kann sich der auf Rechnungslegung verklagte Gesellschafter der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht bedienen, auch wenn ihm seitens der Gesellschaft das Recht eingeräumt ist, vom Kläger zu verlangen, daß er die Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft erfülle. Dem geschäftsführenden Gesellschafter kann aber ferner aus dem Grunde in den angeführten Fällen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht gewährt werden, weil seine Verpflichtung und die erwähnten Verpflichtungen des Klägers nicht aus demselben gegenseitigen Vertrage hervorgegangen sind, vielmehr jede dieser Verpflichtungen auf einen anderen Verpflichtungsgrund zurückzuführen ist.

Zum Schlusse hätten wir noch näher zu betrachten, daß für die Gesellschaft die Pflicht besteht, dem geschäftsführenden Gesellschafter für die Geschäftsführung eine Vergütung zu zahlen, falls dies vereinbart ist. Verlangt der geschäftsführende Gesellschafter von der Gesellschaft die Vergütung, ohne der Gesellschaft die vereinbarten Dienste geleistet zu haben, so kann, falls die gegenseitigen Leistungen Zug um Zug möglich sind, und keiner von beiden Contrahenten zur Vorleistung verpflichtet ist, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages seitens der Gesellschaft zur Anwendung gebracht werden, da zwei Forderungen, aus einem gegenseitigen Vertrage sich gegenüberstehen, von denen die eine das Äquivalent der anderen bildet.

Jedoch wäre der auf Zahlung der vereinbarten Vergütung beklagten Gesellschaft die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu verweigern, falls sie geltend machte, daß der Kläger mit der Erfüllung des Beitrages oder mit der Deckung des Gesellschaftsverlustes noch im Rückstande sei, da in diesem Falle der Anspruch der Beklagten auf Beitrag oder auf Deckung des Gesellschaftsverlustes aus dem Gesellschaftsvertrage hervorgegangen wäre, während der Anspruch des Klägers auf Vergütung durch einen von dem Gesellschaftsvertrage vollständig getrennten, besonderen Vertrag

begründet würde, mithin die Forderung des Klägers und die Forderung der Beklagten aus demselben gegenseitigen Vertrage nicht entsprungen wären. Aus dem gleichen Grunde wäre der auf Zahlung der vereinbarten Vergütung beklagten Gesellschaft die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht zu gestatten, falls der Kläger noch Rechnung zu legen, oder das infolge der Geschäftsführung in seinen Besitz gelangte Gesellschaftsvermögen noch herauszugeben hätte. Denn auch diesen sich gegenüberstehenden Forderungen fehlt der synallagmatische Charakter. Die Verpflichtung der Beklagten, eine Vergütung dem Geschäftsführer zu zahlen, beruht auf einem besonderen Vertrage zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer, die Verpflichtung des Geschäftsführers, Klägers, Rechnung zu legen, oder das Gesellschaftsvermögen herauszugeben, ist auf die Geschäftsführung zurückzuführen. Da demnach Kläger und Beklagte nicht aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet sind, so kann die Gesellschaft die ihr obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung nicht verweigern.

Hiermit hätte die Beantwortung der Frage, ob die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei den Verpflichtungen der Gesellschafter unter einander Platz greifen könne, ihren Abschluß gefunden. Wie ich aber oben bereits andeutete, wollen wir nun einmal davon ausgehen, daß jeder Gesellschafter alle Forderungen ohne Ausnahme, die Erfüllung einiger zwar nur an die gemeinsame Kasse, verlangen könne. Wir müssen auch hier davon ausgehen, daß die Gesellschaft aus zwei oder mehreren Personen besteht. Sind zwei Gesellschafter vorhanden, so kann der eine vom anderen die Erfüllung der ganzen Leistung verlangen, bilden aber mehrere Personen die Gesellschaft, so kann jede derselben von ihrem Mitgesellschafter die Erfüllung der ganzen Verpflichtung fordern, da jeder Gesellschafter gemäß § 705 B. G. B. durch den Gesellschaftsvertrag sich dem Mitgesellschafter gegenüber zur Erfüllung der ganzen Leistung verpflichtet hat. Gemäß § 429 und 425 B. G. B. kann sich der verklagte Gesellschafter seinem Mitgesellschafter, dem Kläger, gegenüber, solcher Rechte bedienen, die ihm gegen den Kläger zustehen. Daher kann der beklagte Gesellschafter sich auch nur dann der Einrede des nicht erfüllten Vertrages bedienen, wenn

der Kläger mit einer Gegenleistung aus dem Gesellschaftsvertrage noch im Rückstande sich befindet, und nicht etwa auch schon dann, wenn ein anderer Gesellschafter mit der Erfüllung einer Verpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrage im Verzuge ist, während der Kläger die ihm obliegende Leistung erfüllt hat.

Im Folgenden brauchen wir unser Augenmerk nur auf diejenigen Verpflichtungen zu richten, deren Erfüllung nach der oben zuerst zu Grunde gelegten Ansicht nur die Gesellschaft verlangen kann. Bezüglich der übrigen Verpflichtungen der Gesellschafter kann ich hier auf die Abhandlung S. 38 bis S. 46 verweisen, da die Erfüllung dieser Verpflichtungen bereits nach der ersten Ansicht von dem einzelnen Gesellschafter verlangt werden kann. Es bleibt uns demnach vor allem zu prüfen übrig, ob der Gesellschafter, falls von ihm die Erfüllung des Beitrags verlangt wird, ohne daß der die Klage betreibende Gesellschafter selbst seine Beitragspflicht erfüllt hat, sich der Einrede des nicht erfüllten Vertrages bedienen kann.

Nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches kann der Beitrag des Gesellschafters in Sachen, in Forderungen oder in anderen Vermögenswerthen, oder auch laut besonderer Hervorhebung (§ 706 Abs. 3) in Leistungen von Diensten bestehen. Mithin kann der Beitrag des Gesellschafters nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches ebenso wie im gemeinen Rechte in einer derartigen Leistung bestehen, daß sie durch einen momentanen Act nicht erfüllbar ist. Falls die Beitragsleistung des Beklagten eine derartige ist, so kann der Beklagte sich der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht bedienen, da wie oben S. 19 ausgeführt, eine Gleichheit der Verhältnisse zwischen Kläger und Beklagten nicht vorliegt. Falls aber die Beitragsleistungen der Gesellschafter Zug um Zug erfüllt werden können, so ist dem auf Leistung verklagten Gesellschafter, falls Kläger selbst noch nicht seinen Beitrag geleistet hat, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu gewähren, da Gegenforderung wie Forderung durch den Gesellschaftsvertrag, einen gegenseitigen Vertrag, begründet werden, und die Beitragspflicht des einen Gesellschafters ein Aequivalent für die gleiche Verpflichtung des anderen bildet. Es würde unbillig sein, daß der eine Gesellschafter vom Mitgesellschafter Vor-

leistung verlangen könnte. Diese Unbilligkeit wird auch dadurch nicht beseitigt, daß die Leistung des Beitrages nicht an den Gesellschafter, den Kläger, sondern an die gemeinsame Gesellschaftskasse zu erfolgen hat.

Als weiteres Recht steht jedem Gesellschafter zu, vom geschäftsführenden Gesellschafter die Herausgabe des infolge der Geschäftsführung verwalteten oder erworbenen Gesellschaftsvermögens verlangen zu können. Falls nun ein Gesellschafter dieses Recht gegen einen Mitgesellschafter einklagt, ohne selbst den Beitrag zur Gesellschaft geleistet zu haben, so kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages seitens des Beklagten nicht zur Anwendung gebracht werden, denn die sich gegenüberstehenden Forderungen sind nicht infolge e i n e s gegenseitigen Vertrages zur Entstehung gekommen, vielmehr beruht die Beitragspflicht auf dem Gesellschaftsvertrage, während die Pflicht zur Herausgabe des erworbenen oder verwalteten Gesellschaftsvermögens infolge der Geschäftsführung begründet ist.

Auch kann einem auf Herausgabe des Gesellschaftsvermögens klagenden Gesellschafter nicht deshalb die Einrede des nicht erfüllten Vertrages von dem Beklagten entgegen gehalten werden, weil Kläger selbst das aus einem von ihm geführten Gesellschaftsgeschäfte erworbene Gesellschaftsvermögen noch nicht herausgegeben habe. Wie gesagt, beruht jede einzelne Verpflichtung, sowohl die des Beklagten, wie die des Klägers auf einem besonderen Verpflichtungsgrunde, und daher haben wir auch in diesem Falle keine Verpflichtungen aus ein und demselben gegenseitigen Vertrage vor uns. Ebenso verhält es sich, falls dem Kläger gegen den beklagten Gesellschafter ein Anspruch auf Ersatz des Schadens zusteht, den der Beklagte der Gesellschaft zugefügt hat und auch umgekehrt dem Beklagten ein Anspruch auf Ersatz des Schadens gegen den Kläger zusteht. Die Verpflichtung eines jeden von ihnen wird durch sein Verschulden begründet, so daß ebenso viele Verpflichtungsgründe vorliegen wie Verpflichtungen vorhanden sind. Da demnach den sich hier gegenüberstehenden Forderungen der synallagmatische Charakter fehlt, so ist die Anwendung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht statthaft.

Endlich bliebe uns noch zu prüfen übrig, ob die Einrede des nicht erfüllten Vertrages Platz greift, falls ein Gesell-

schafter, ohne selbst einen Anteil am Gesellschaftsverluste getragen zu haben, den Mitgesellschafter auf Deckung des ihm zufallenden Anteils am Gesellschaftsverluste verklagt. Da in den meisten Fällen der Verlust der Gesellschaft durch Zahlung einer Geldsumme, von der jeder Gesellschafter einen Anteil zu tragen hat, gedeckt wird, und somit die Leistung eines jeden Gesellschafters Zug um Zug möglich ist, so liegt meines Ermessens in diesem Falle kein Grund vor, dem verklagten Gesellschafter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu verweigern. Die sich gegenüberstehenden Verpflichtungen sind durch denselben gegenseitigen Vertrag begründet; die Verpflichtung des einen bildet ein Aequivalent für die Verpflichtung des anderen, die Erfüllung jeder Verpflichtung kann in den meisten Fällen durch einen momentanen Akt vollzogen werden. Mithin sind alle Voraussetzungen gegeben, welche zur Anwendung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages erforderlich sind.

Fassen wir zum Schlusse das Ergebnis unserer vorhergehenden Betrachtung noch einmal kurz zusammen. Falls wir die Ansicht zu Grunde legen, daß alle Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrage dem einzelnen Gesellschafter zustehen, so kommen wir zu dem Resultate, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei den Verpflichtungen der Gesellschafter unter einander infolge der Besonderheiten des Gesellschaftsvertrages und der einzelnen Ansprüche in den weitaus meisten Fällen nicht zur Anwendung kommen kann. Sie kann nur Platz greifen bei den Verpflichtungen der Gesellschafter, einen Beitrag zu leisten, und den Verlust der Gesellschaft zu decken; aber auch hier nur dann, falls die gegenseitigen Leistungen Zug um Zug möglich sind.

Legen wir aber die meines Ermessens richtige Ansicht zu Grunde, daß die Ansprüche, welche zum Gesellschaftsvermögen gehören, nur von der Gesellschaft, d. h. von allen Gesellschaftern zusammen eingeklagt werden können, und sehen wir von dem Falle ab, daß dem Geschäftsführer für seine Dienste im Interesse der Gesellschaft eine Vergütung bewilligt ist, zumal diese Verpflichtung auf Vergütung durch einen besonderen gegenseitigen Vertrag begründet wird, so kommen wir, wie ausgeführt, zu dem Resultate, daß nach den Bestimmungen

des Bürgerlichen Gesetzbuches die Einrede des nicht erfüllten Vertrages infolge der Besonderheit des Gesellschaftsvertrages und der Verbindlichkeiten der Gesellschafter bei keiner Verpflichtung der Gesellschafter unter einander Platz greifen kann.

Litteratur-Verzeichnis.

André: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Rechte, 1890.
Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 7, 1824, Bd. 14, 1831, Bd. 18, 1835, Bd. 22, 1839, Bd. 54, 1871.
Bähr: Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 13.
Bechmann: Kauf.
Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I und II, Auflage 1900.
Crome, Karl, Dr.: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.
Dernburg: Pandekten, Bd. II, Aufl. 6, 1900.
Dernburg: Bürgerliches Recht, Bd. II, I—II Aufl. 1899 bis 1901.
Dernburg: Compensation, Geschichte und Theorie nach römischem und gemeinem Rechte, II. Aufl. 1868.
Enneccerus und Lehmann: Das Bürgerliche Recht, Auflage II, Bd. I, 1901.
Entscheidung des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 26, Nr. 48, Bd. 3, S. 167.
Goldschmidt: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 22.
Grünhut: Zeitschrift für das Privat- und Oeffentliche Recht, Bd. 12, 1892.
Heller: Die Grundzüge des Gesellschaftsrechts nach B. G. B. Dissertation d. jur. Fakultät zu Erlangen, 1898.
Holzschuher: Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, Bd. 2.
Ihering-Unger: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 13, 1874 u. Bd. 20, 1878.
Knoke: Das Recht der Gesellschaft.
Motive zum Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2, 1888.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, 1899.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, I. u. II Auflage, 1900.

Ryk: Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht, 1889.
Seufferts: Archiv, Bd. 1 Nr. 212, Bd. 25 Nr. 105, Nr. 237, Bd. 29 Nr. 235, Bd. 36 Nr. 34, Bd. 47 Nr. 177, Bd. 54 Nr. 221.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.
Stintzing: Nondum est ex empto actio. Eine Untersuchung der Lehre von der exceptio non adimpleti contractus.
Seuffert u. Glück: Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 3 u. 8.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung, 1900.
Windscheid u. Kipp-Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, VIII. Auflage, 1900.
von Vangerow: Pandekten, Bd. 3.